

¿QUE ES LA TEORIA PURA DEL DERECHO?

Hans Kelsen

La teoría pura del derecho quiere ser una teoría general del derecho de este tipo.

En tanto teoría del método específico del conocimiento jurídico, se ocupa de problemas de la lógica. Partiendo del hecho de la ciencia del derecho, como a un análisis lógico las

Título del original alemán:

¿WAS IST DIE REINE RECHTSLEHRE?

Versión española de:

ERNESTO GARZON VALDES

Profesor Adscrito del Instituto de Filosofía del Derecho

Primera edición alemana: Zürich, 1953.

Primera edición española: Córdoba (R.A.), 1958.

Segunda edición española: Medellín, Colombia, (con autorización del Instituto de Filosofía del Derecho de Córdoba, R.A.), 1981.

El derecho puede ser objeto del conocimiento de muy diversas maneras. Se puede considerar sistemáticamente un determinado orden jurídico por ejemplo, el derecho de Francia o el derecho internacional; o un determinado grupo de normas de un orden jurídico tales como el derecho penal de Suecia o el derecho de obligaciones de Suiza; o una disposición jurídica singular, como la regulación de los intereses moratorios según el Código Civil Austríaco. Se puede luego pretender aclarar la norma o normas de que se trate, dilucidar su sentido tal como surge inmediatamente de la auténtica formulación que ha recibido el derecho en tanto ley, disposición, contrato, etc. En este caso, el estudio del derecho positivo se vincula con su interpretación. Pero también se puede investigar cómo se ha originado históricamente el contenido de un determinado orden jurídico, o cuales son las causas económicas y políticas que han determinado este contenido. Se puede también comparar el contenido de un orden jurídico con el de otro a los fines de obtener ciertos tipos jurídicos. Y por último, apoyándose en la comparación de todos los fenómenos calificados como "derecho", se puede investigar la esencia del derecho, su estructura típica, independientemente del contenido variante que ha tenido en las diferentes épocas y países. Esta es la tarea de una teoría general del derecho, es decir, de una teoría que no se limita a un determinado orden jurídico o a determinadas normas jurídicas. Esta teoría tiene que precisar el método específico y los conceptos fundamentales con los cuales es posible describir y concebir cualquier tipo de derecho; de esta manera, proporciona la fundamentación teórica de toda consideración que tenga por objeto un derecho o institución jurídica especial.

La teoría pura del derecho quiere ser una teoría general del derecho de este tipo.

En tanto teoría del método específico del conocimiento jurídico, se ocupa de problemas de la lógica. Partiendo del *factum* de la ciencia del derecho, somete a un análisis lógico las

proposiciones con las cuales esta ciencia describe su objeto; es decir, constata los presupuestos que hacen posible las proposiciones sobre deberes y derechos jurídicos, responsabilidad jurídica, sujeto jurídico, personas físicas y jurídicas, órganos jurídicos, competencia jurídica, etc. De esta manera, obtiene el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico. el concepto de norma que afirma que algo, o más exactamente, una determinada conducta humana, debe ser. Constata que tal conducta debe ser pero únicamente bajo determinadas condiciones e investiga el sentido específico de la vinculación entre condición y consecuencia en las proposiciones jurídicas (que han de ser caracterizadas como juicios hipotéticos) y compara estas proposiciones jurídicas con las que la ciencia del derecho describe su objeto: las normas jurídicas y las relaciones creadas por estas normas, con los juicios hipotéticos con los que la ciencia natural concibe su objeto específico: las llamadas leyes naturales.

Mediante esta comparación llega la teoría pura del derecho al conocimiento de que las proposiciones jurídicas de la ciencia del derecho tienen una función análoga a las llamadas leyes naturales de la ciencia natural: la vinculación de dos hechos como condición y consecuencia; pero el sentido de esta vinculación es diferente en ambos casos. Mientras en las llamadas leyes naturales condición y consecuencia están vinculadas entre sí según el principio de causalidad (por ejemplo, en la ley que establece: si un metal es calentado se dilatará), en las proposiciones jurídicas, la vinculación de condición y consecuencia se realiza según un principio para el cual la ciencia no ha encontrado hasta ahora ningún nombre que sea universalmente reconocido y para el que la teoría pura del derecho ha propuesto el de imputación (Zurechnung). Partiendo de una comparación de los órdenes sociales calificados como derecho, llega la teoría pura del derecho al resultado de que estos órdenes son esencialmente órdenes coactivos, es decir órdenes que intentan provocar una determinada conducta hu-

mana y que en el caso de una conducta opuesta, calificada como delito, prescriben una coacción como consecuencia del delito, es decir, como sanción. Así pues, la teoría pura del derecho formula el esquema originario de la proposición jurídica de la siguiente manera: si se comete un delito (Unrecht) debe producirse una consecuencia del delito (Unrechtsfolge) (sanción). La consecuencia del delito no es producida por el delito de la misma manera que la dilatación del metal por el calor, sino que la consecuencia del delito es imputada al delito. La teoría pura del derecho muestra que este principio de imputación no solo se aplica en las proposiciones jurídicas de la ciencia del derecho sino también en las proposiciones con las que la ciencia de la ética considera su objeto, es decir, la moral; así por ejemplo, en las proposiciones: si alguien hace un bien a otro éste debe agradecerlo, o si alguien comete un pecado, debe arrepentirse. La teoría pura del derecho muestra que originariamente, para la mentalidad primitiva, es el principio de imputación y no el de causalidad el que subyace fundamentalmente en la interpretación de la naturaleza, y que los primitivos explicaban los fenómenos naturales según una norma social, la norma de la represalia, según la cual a la buena conducta se imputaba la recompensa y a la mala, el castigo. La teoría pura del derecho muestra además que probablemente el principio de causalidad ha surgido del principio de represalia, que el espíritu humano se emancipa de la representación religiosa en su interpretación de la naturaleza, que los acontecimientos naturales están reglados de la misma manera que la conducta social de los hombres, o sea, por normas que proceden de una voluntad sobrehumana, es decir, de una divinidad. Pues la distinción esencial entre el principio de causalidad y el de la imputación normativa consiste en que en el caso de la causalidad, la vinculación de los elementos es independiente de un acto de la voluntad humana o sobrehumana mientras que en la imputación, la vinculación es creada por un acto de la voluntad humana cuyo sentido es una norma.

Esta diferencia entre ley natural causal en tanto ley del ser y la proposición jurídica en tanto ley del deber ser no se realiza dentro del marco de una concepción del mundo metafísico-religiosa. Pues para ésta, la vinculación de causa y efecto se efectúa mediante un acto humano de producción del derecho análogo al acto del Creador Divino que produce la naturaleza. Así, las leyes naturales son interpretadas como normas que proceden de una voluntad divina que prescribe a la naturaleza una determinada conducta. Y por lo tanto, la teoría metafísica del derecho cree encontrar en la naturaleza, en tanto manifestación de la voluntad divina, un derecho natural; es decir, cree poder deducir de un ser un deber ser. Esto es un sofisma; y sobre este sofisma está fundada la teoría del derecho natural. Esta es la razón —y no es la única— por la cual la teoría pura del derecho, en tanto ciencia racional del derecho, rechaza la teoría del derecho natural como metafísica del derecho, a última hora irracional y no sometida a la lógica.

La distinción lógica entre ser y deber ser y la imposibilidad de pasar mediante deducción lógica del campo del uno al del otro, es una de las posiciones esenciales de la teoría pura del derecho. Esta es una teoría de lo que jurídica y positivamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural. Por lo tanto, se distingue del derecho natural en que no quiere conocer como este último, lo que el derecho debe ser sino lo que el derecho es; es una teoría del derecho positivo, es decir, una teoría del derecho real y no del derecho ideal, una teoría de la realidad jurídica. Esto parece ser una contradicción. Sin embargo, el problema se resuelve tan pronto como se reconoce que la oposición entre ser y deber ser, entre lo que "realmente" es y lo que debe ser, es una oposición relativa. Desde el punto de vista de la ciencia no existe ninguna realidad absoluta. Cuando la teoría pura del derecho afirma que su objeto es el derecho positivo, el derecho tal como es, es decir, una realidad jurídica, caracteriza el derecho positivo como un ser con respeto a

la justicia, es decir, con respecto a la exigencia de como debe ser el derecho. Y cuando define el derecho positivo como norma, es decir, como un deber ser, lo hace con relación a la conducta efectiva de los hombres que puede concordar con esta norma en tanto deber ser jurídico positivo, pero que también puede contradecirla. Sea esto dicho con especial énfasis contra aquellos que objetan a la teoría pura del derecho el que el derecho no es un deber ser sino un ser, es decir, una realidad. Con la afirmación de que el derecho representa una realidad no se ha dicho aún nada. Lo que importa es determinar qué tipo de realidad es, pues, evidentemente, no puede tratarse aquí de la realidad de la naturaleza. La teoría pura del derecho ha sido la primera que ha visto claramente el problema de la realidad específica del derecho como problema de la positividad del derecho y ha procurado solucionar este problema. Ella ve la posibilidad del derecho en el hecho de que las normas jurídicas son establecidas mediante actos humanos que se ejecutan en la realidad natural pero que están reglados por normas superiores, es decir, que las normas son el sentido de ciertos actos que se ejecutan en la realidad natural y que el orden jurídico formado por normas jurídicas sólo puede ser considerado válido cuando este orden normativo es en general aplicado y obedecido, es decir, es efectivo; esto no quiere decir que la efectividad coincida con la validez y el ser natural con el deber ser jurídico. La relación especial entre el ser natural de los actos que establece la norma y los actos que concuerdan con esta norma por un lado y el deber ser de las normas establecidas y cumplidas por otro, constituye la realidad jurídica específica o lo que es lo mismo, la positividad del derecho.

Con la distinción entre ley natural causal y la proposición jurídica como ley jurídica normativa, y entre el principio de causalidad y el de imputación, establece la teoría pura del derecho el fundamento metodológico de la ciencia del derecho en tanto ciencia social normativa. De esta división entre ciencias jurídicas normativas y ciencias causales en general y es-

pecialmente, de las ciencias sociales orientadas por el principio de causalidad, tales como la psicología social y la sociología, se deduce uno de los postulados esenciales que constituyen la pureza de la teoría del derecho que, en tanto ciencia, no tiene que investigar la conducta reglada por el orden jurídico según el principio de causa y efecto, sino según aquella vinculación que se establece mediante la imputación fundada en este orden jurídico. Es el postulado de evitar el sincretismo de una consideración científico normológica con una científico causal, de no confundir el problema de cómo los hombres deben conducirse de acuerdo con un orden jurídico positivo con el problema de cómo se conducen realmente en tanto están determinados por leyes causales. Naturalmente, esto no significa que sea superflua y que carezca de importancia la consideración científico causal de la conducta humana a la cual se refiere normativamente el derecho y que conjuntamente con una ciencia normativa del derecho, en tanto conocimiento de las normas jurídicas y de las relaciones constituidas por ellas, no pueda existir una sociología del derecho que investigue según el principio de causa y efecto la actividad de los hombres que formulan o aplican el derecho y la conducta concordante o contradictoria de los hombres sometidos al mismo. Es más, esto no significa que deba ignorarse una relación causal de la ciencia del derecho. El derecho mismo puede referirse a una relación causal de los hechos establecidos por él como condición o consecuencia, como por ejemplo, cuando la conducta de un hombre que, en tanto causa, ha tenido por efecto la muerte de otro hombre, es calificada como asesinato. También la ciencia del derecho tiene que considerar esta relación causal, pero sólo secundariamente, sólo por ser elemento de un hecho al que debe imputarse, en tanto condición, una determinada consecuencia: la pena. De la misma manera, la sociología debe tener presente las normas pero sólo en tanto la representación de las mismas actúa en la conciencia del hombre como causa o efecto de su conducta, sin que por esto el sociólogo se transforme en jurista o el ju-

rista en sociólogo. El postulado de la pureza debe únicamente hacer ver a los juristas científicos que el método específico de su conocimiento es diferente del de la ciencia social, causal y que, por lo tanto, los ensayos tan frecuentes de contestar "sociológicamente" a cuestiones jurídicas, o bien descansan sobre una ilusión, o bien pretenden modificar el derecho dado.

Dentro del campo de sus investigaciones lógicas constata la teoría pura del derecho (y es la primera que lo ha constatado) que en las proposiciones del deber ser de la ciencia del derecho, el principio lógico que excluye la contradicción, encuentra la misma aplicación que en las proposiciones del ser (Seinsätze) de la ciencia natural. Uno de los problemas lógicos de la teoría pura del derecho es la cuestión de saber qué es lo que constituye la unidad en una pluralidad de normas jurídicas, es decir, esa unidad que se designa como sistema jurídico u orden jurídico. Para la contestación de esta cuestión la teoría pura del derecho utiliza la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. La norma fundamental representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico. De ella se puede deducir la validez de las normas jurídicas pero no —como se ha sostenido erróneamente— el contenido de las mismas. Sólo cuando se presupone la norma fundamental se pueden interpretar determinados actos humanos como actos jurídicos, es decir, como actos productores de normas jurídicas, y considerar a las normas jurídicas como el sentido de estos actos. La teoría pura del derecho investiga (lo que antes de ella no había sido investigado) la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción de la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho.

Por último, la teoría pura del derecho estudia la relación que lógicamente es posible entre dos o más órdenes jurídicos, como por ejemplo, entre los órdenes jurídicos de un mismo es-

tado, y entre estos y el orden del derecho internacional. De esta manera llega al postulado metodológico de la unidad de la concepción jurídica. Esta unidad es una unidad lógico-sistemática y su criterio negativo es la no contradicción. Esta unidad no se da inmediatamente en la realidad jurídica; más bien se plantea en el conocimiento jurídico. El derecho positivo, una ley o contrato de derecho internacional pueden contener normas contradictorias entre sí, una ley puede estar en contradicción con la constitución o con el derecho internacional. Pero el conocimiento del derecho tiene que eliminar mediante la interpretación estas contradicciones; así lo hace siempre de una u otra manera. Lo mismo que la naturaleza, el derecho también logra una totalidad plena de sentido, es decir, sin contradicciones, sólo mediante su conocimiento científico. De la misma manera que la concepción de la física se diferencia de la concepción del hombre ingenuo proporcionada por la percepción inmediata, así también la concepción jurídica de la ciencia del derecho se distingue de la concepción que el lego en cuestiones jurídicas tiene del derecho positivo tal como le está dado en forma inmediata.

Se suele calificar a los problemas hasta aquí citados como problemas de lógica jurídica. Pero los conocimientos logrados en este sentido por la teoría pura del derecho se refieren no solamente a normas jurídicas sino también a normas de otro tipo como por ejemplo, las normas de la moral. La lógica que se utiliza en la ciencia del derecho no es ninguna lógica "jurídica" específica. Tal lógica no existe y mucho menos dentro de aquel campo donde con preferencia se habla de una lógica jurídica, es decir dentro del campo de la interpretación de normas jurídicas positivas. Lo que aquí se designa de esta manera es cuando más, la ilogicidad de sofismas y de las operaciones lógicas tales como el argumento a contrario, la deducción de normas a partir de un concepto preconcebido, la pseudo lógica de la jurisprudencia conceptual, o la derivación de normas de la "naturaleza de las cosas", la ilusión del derecho natural. La lógica que, por así decirlo, ha descubierto por pri-

mera vez la teoría pura del derecho, es una lógica normativa general, es decir, una lógica del deber ser o de las proposiciones del deber ser, la lógica de un conocimiento dirigido a normas y no a la realidad natural. Sólo para designar los principios de una lógica normativa general (que también encuentran aplicación en el campo del conocimiento jurídico), es posible hablar de lógica jurídica o de un pensar jurídico.

De esta manera, llego a la falsa interpretación que afirma que la teoría pura del derecho es solo lógica, mejor dicho, lógica jurídica. La lógica es teoría del pensar, la teoría pura del derecho es una teoría del derecho, una teoría jurídica y no, al menos no sólo o en primer lugar, una teoría del pensar. Se ocupa de problemas lógicos en tanto sea necesario para el conocimiento del derecho, la determinación de su concepto y la definición de los conceptos fundamentales de todo conocimiento jurídico. Estas definiciones son tan poco funciones de la lógica como pueden serlo las definiciones de un círculo o de un cuadrado. Así como estas definiciones son funciones de la geometría y la geometría no es la lógica, las definiciones de los conceptos jurídicos son funciones de una teoría general del derecho, y esta teoría no es la lógica. Como se ha dicho, la lógica desarrollada por la teoría pura del derecho no es una lógica jurídica específica sino una lógica normativa en tanto presupuesto de una teoría correcta del derecho; de la misma manera, la física teórica debe estar precedida por consideraciones lógicas, sin que por esto la física sea la lógica.

La interpretación de las normas jurídicas positivas pertenece también al método del conocimiento jurídico que es, a su vez, un problema de la teoría general del derecho. Por lo tanto, la teoría pura del derecho proporciona también una teoría de la interpretación. En este sentido, destaca la diferencia que existe entre la interpretación vinculada a toda aplicación del derecho realizada por el órgano de aplicación del derecho de la comunidad jurídica, es decir, la interpretación de la autoridad jurídica, y la interpretación de la ciencia

jurídica. Aquella es siempre auténtica, es decir, obligatoria jurídicamente; ésta no tiene, a diferencia de aquella, efectividad jurídica. Es conocimiento puro. Se puede por lo tanto, decir perfectamente que es correcta (verdadera) o falsa. Carece jurídicamente de sentido decir que la interpretación de la autoridad jurídica es correcta o falsa, pues aun cuando desde el punto de vista del puro conocimiento fuera falsa es, sin embargo, derecho, es decir, norma y como tal no es ni verdadera ni falsa sino válida o no válida, y, en el último caso, no es norma alguna sino tan solo apariencia de norma. La interpretación de la autoridad jurídica es la interpretación de una norma superior que debe ser aplicada por la autoridad jurídica en el establecimiento de una norma inferior.

El que la interpretación de la autoridad jurídica sea auténtica, es decir, obligatoria, significa que la norma que la autoridad jurídica establece aplicando una norma superior, es obligatoria. Y esta norma es válida mientras no sea derogada por un procedimiento jurídico o sea reemplazada por otra norma. Decir que un fallo judicial que existe jurídicamente o que ha sido realizado con fuerza jurídica es falso, tiene jurídicamente tanto sentido, como decir que un delincuente ha sido condenado inocentemente. Cuando un acto válido de los órganos de aplicación del derecho no representa ninguna de las interpretaciones posibles —desde el punto de vista de la ciencia del derecho— de las normas jurídicas a aplicar, el jurista científico puede solo constatar que mediante este acto se ha creado un nuevo derecho, aunque tal vez únicamente para este caso concreto. De aquí se deduce que lo que se llama "interpretación" de la autoridad jurídica es algo diferente de la interpretación no-gnoseológica del contenido de una norma que realizan los juristas científicos o de la interpretación, comparable a esta última, de un parágrafo de la Biblia hecha por un teólogo. Mediante la interpretación de la autoridad jurídica se crea derecho. El jurista científico por el contrario, crea con su interpretación tanto derecho como el teólogo con la suya, nuevos párrafos de la Biblia. En otras palabras: la autori-

dad jurídica puede modificar el derecho con su interpretación; la interpretación científico-jurídica no puede cambiar el derecho de la misma manera que la interpretación teológica no puede modificar la Biblia.

La teoría pura del derecho no ha sido la primera en afirmar que las cortes de justicia frecuentemente con el pretexto de interpretar el derecho existente, es decir, de dilucidar su sentido mediante el conocimiento, crean nuevo derecho. La teoría pura del derecho constata solamente que la llamada interpretación de la autoridad jurídica implica siempre, con la aplicación de una norma superior, una creación del derecho y por lo tanto, no es una función pura de conocimiento.

Con respecto a la interpretación de normas concretas por la ciencia del derecho, la teoría pura del derecho destaca la casi siempre existente y más o menos amplia, pluralidad de significaciones del material a interpretarse. Ella reconoce como única tarea de la interpretación científica el señalar las posibles significaciones y el confiar a las consideraciones políticas, la elección definitiva entre las igualmente posibles interpretaciones científico-jurídicas de la autoridad que aplica el derecho. Desde el punto de vista de la ciencia del derecho no puede afirmarse que sólo una de estas interpretaciones sea la "correcta". Tal afirmación sirve solo para mantener la ilusión de una seguridad jurídica que en verdad no existe. Naturalmente, esto no significa que los juristas encargados de la interpretación no puedan recomendar una determinada interpretación de la autoridad jurídica considerada por ellos, desde el punto de vista de una valoración, como la mejor. Pero ésto no puede hacerse —como tan a menudo ocurre— en nombre de la ciencia, invocando la autoridad de la ciencia, es decir, la autoridad de la verdad. Pues con su recomendación, el jurista que realiza la interpretación intenta ejercer influencia en la formación del derecho. En este caso, está realizando una función de política jurídica pero no de ciencia política.

La distinción entre la ciencia del derecho —orientada solo por el valor verdad— en tanto conocimiento del derecho positivo, y la política jurídica —dirigida a la realización de otros valores, especialmente de la justicia— en tanto configuración voluntaria del orden social, es el segundo postulado que asegura la pureza de una teoría del derecho. Aquí hay ante todo que eliminar un error de comprensión que juega en la crítica de la teoría pura del derecho un papel tan grande como lamentable. La despolitización que la teoría pura del derecho exige se refiere a la ciencia del derecho no a su objeto, el derecho. El derecho no puede ser separado de la política, pues es esencialmente un instrumento de la política. Tanto su creación como su aplicación son funciones políticas, es decir, funciones determinadas por juicios de valor. Pero la ciencia del derecho puede y debe ser separada de la política si es que pretende valer como ciencia. Es decir, que el conocimiento del derecho, la exposición del mismo, el análisis de su estructura, la definición de los conceptos necesarios para su concepción y su interpretación científica —tal como corresponde a la esencia de toda ciencia— debe ser estrictamente objetivo y por lo tanto no puede estar influenciado por los juicios de valor del sujeto que conoce el derecho; y estos juicios de valor tienen siempre un carácter emocional subjetivo. La pureza de la ciencia del derecho reside mucho más en la separación de la ciencia del derecho de la política, que en la distinción entre el conocimiento normativo de la ciencia del derecho y el conocimiento causal de la ciencia natural. Pero la teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro como sus críticos han afirmado erróneamente a veces.

Un derecho "puro" podría solo significar —si es que puede significar algo— un derecho recto, es decir, un derecho justo. Pero la teoría pura del derecho no quiere ni puede ser una teoría del derecho recto o justo pues no pretende dar respuesta a la pregunta: ¿qué es lo justo? En tanto ciencia del derecho positivo es —como ya se ha dicho— una teoría del derecho

real, del derecho tal como es creado realmente por la costumbre, la legislación o la decisión judicial y tal como es efectivamente en la realidad social, sin entrar a considerar si este derecho positivo puede ser calificado desde el punto de vista de algún valor, es decir, desde un punto de vista político, como bueno o malo, como justo o injusto; todo derecho positivo puede ser considerado como justo desde un punto de vista político y como injusto desde otro punto de vista también político; pero ésto no puede suceder desde el punto de vista de la ciencia del derecho que como toda ciencia verdadera no valora su objeto sino que lo describe, no lo justifica o condena emocionalmente, sino que lo explica racionalmente.

La justicia es esencialmente un valor absoluto y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá de conocimiento científico racional. La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del positivismo jurídico; y el positivismo jurídico está íntimamente vinculado con el relativismo. Es decir, que cuando se plantea la cuestión del valor de un derecho positivo, o sea, la cuestión de su justicia, la respuesta solo puede ser que es relativo, es decir, que sólo es justo presuponiendo un determinado valor supremo y que por lo tanto, no se excluye la posibilidad de que pueda ser considerado injusto si se presupone un valor supremo diferente. La aceptación de un valor supremo se apoya siempre en un juicio de valor subjetivo emocional. Todo derecho positivo puede ser considerado como relativamente justo en tanto orden de la conducta humana. Esto significa, sin embargo, que el juicio que afirma que un orden jurídico es relativamente justo conduce a la tautología de que este orden jurídico es derecho.

También en este sentido se opone la teoría pura del derecho, en tanto ciencia del derecho positivo, a la teoría del derecho natural que busca la esencia del derecho en una justicia trascendente. Como la teoría pura del derecho arranca al derecho de la niebla metafísica con la que la teoría del de-

recho natural encubre el origen o la idea del derecho como algo sagrado, puede ser concebida, en tanto técnica social específica, en forma eminentemente realista. La teoría pura del derecho rechaza la pretensión de la teoría del derecho natural de haber contestado a la cuestión de la justicia, haciendo referencia al hecho de que las diferentes teorías del derecho natural han llegado en la solución de esta cuestión a resultados contradictorios: el problema de la justicia es hoy tan discutido como siempre. Pero si se investiga cuál es el aporte real de la teoría del derecho natural, resulta —y esto lo ha mostrado precisamente la teoría pura del derecho— que es esencialmente político-ideológico y no científico. A la teoría del derecho natural no le interesa tanto el conocimiento del derecho válido, como la justificación del mismo, no tanto su explicación como su glorificación mediante la comprobación de que el derecho positivo de que se trata concuerda con un orden natural divino o racional, es decir, absolutamente recto y justo. Las teorías del derecho natural revolucionarias o reformadoras, que en la historia de la ciencia jurídica juegan un papel relativamente pequeño, sostienen la postura opuesta: cuestionar la validez del derecho positivo afirmando que se encuentra en contradicción con un orden absoluto cualquiera presupuesto; presentan por consiguiente, la realidad jurídica bajo una luz mucho menos favorable que la que en verdad le corresponde.

Estas tendencias ideológicas cuyas intenciones y efectos políticos son evidentes, dominan —hoy más que nunca— la jurisprudencia tradicional. Contra estas tendencias se dirige la teoría pura del derecho, mostrando, mediante una crítica inmanente de esta jurisprudencia, cuáles son los peligros de aquel sincretismo metódico ya que el conocimiento del derecho positivo se confunde con la aspiración a configurar de una determinada manera su objeto mediante una valoración. Tal configuración sólo puede responder a intereses subjetivos, sean estos los de un grupo grande o reducido. No hay interés algu-

no que, en tanto interés individual, no se oponga al interés contradictorio de otro individuo. El llamado interés común de todos es una ficción exactamente demostrable siempre que con esto no se entienda un compromiso entre intereses opuestos. Pero cuando la ciencia del derecho no se limita a conocer su objeto en su realidad, es decir, a concebirlo conceptualmente, a analizar su estructura, y a explicar las vinculaciones existentes, sino que aspira como ciencia a configurar, según una valoración cualquiera, el objeto propuesto a su conocimiento, se presenta lo que sólo es expresión de intereses subjetivos disfrazados con la autoridad de la ciencia, es decir, equipado con la autoridad del conocimiento objetivo. La ciencia es entonces una mera ideología; de esta manera se transforma en instrumento de la política.

Entre las muchas doctrinas sustentadas por la jurisprudencia tradicional y que la teoría pura del derecho ha señalado como ideologías políticas, sea citada únicamente la muy difundida teoría que afirma que estado y derecho son dos entidades diferentes, que esencialmente el estado está colocado por encima del derecho que produce o garantiza, y que en tanto el estado está sujeto al derecho, a su derecho, este derecho como derecho público o derecho internacional no es verdaderamente derecho en el sentido estricto de la palabra como puede serlo el derecho privado, sino una especie de moral jurídica no obligatoria. Pero la teoría pura del derecho muestra que el estado, en tanto ordenación de la conducta humana, solo puede ser un orden coactivo y por consiguiente un orden jurídico, que por lo tanto todo estado es, en sentido amplio, un estado de derecho y que la palabra "estado de derecho", según el uso tradicional de la palabra, significa un orden coactivo solo relativamente centralizado que prevé ciertas garantías típicas para la juridicidad de los actos de aplicación del derecho y para la libertad individual de los sujetos sometidos al derecho, es decir, que aquí la palabra estado es usada en un sentido más restringido. La teoría pura del dere-

cho muestra además que cuando se afirma que el estado produce o garantiza el derecho sólo se describe en forma figurada el hecho de que determinados hombres (determinados por el derecho, mediante un procedimiento reglado por el orden jurídico y por lo tanto, en el carácter otorgado por el orden jurídico de órganos de la comunidad constituida por el orden jurídico), creen normas jurídicas, las apliquen y las ejecuten con fuerza coactiva, que los actos del estado en tanto persona jurídica solo pueden ser actos humanos que son atribuidos al estado en tanto persona jurídica es decir, en tanto personificación del orden jurídico, y que solo pueden serle atribuidos sobre la base del orden jurídico: que por lo tanto, el dualismo de estado y derecho no puede apoyarse en conocimiento científico alguno, que la verdadera función de este dualismo no es el conocimiento de la realidad social, especialmente de la realidad jurídica y que por consiguiente, no tiene una función científica sino política. Y esta función es la siguiente: liberar, según las necesidades políticas, de los lazos del orden jurídico, al gobierno falsamente identificado con el estado (ya que en realidad, aquél sólo es un órgano del estado es decir, un órgano de creación y aplicación del derecho instituido por el orden jurídico), y justificar actos del gobierno que desde el punto de vista de la ciencia jurídica no podrían ser considerados como aplicación del derecho material existente. Esta justificación se realiza mediante la doctrina que afirma que, en tanto "políticos", dichos actos han sido deducidos de juicios jurídicos ya que como tales se encuentran fuera del orden jurídico, en vez de constatar que con estos actos se ha creado legalmente nuevo derecho. Pero ésto significa ocultar con el principio del estado de derecho presupuesto como válido, hechos inconciliables y que el gobierno, en ejercicio de su actividad específica, puede crear nuevo derecho mediante actos válidos no anulables, es decir, actuando legalmente o sea, de acuerdo con la constitución válida en tanto ésta no prevea la posibilidad de anulación de dichos actos en virtud de una violación jurídica material. De lo que aquí se trata es

de lo siguiente: presentar esta competencia del gobierno para crear nuevo derecho (competencia que es inconciliable con el principio del estado de derecho de la legalidad material de los actos del gobierno) como no contradictoria con aquel principio, a fin de conservar —por motivos políticos— la apariencia del carácter jurídico estatal del orden jurídico válido (en el sentido estricto de la expresión "estado de derecho", más arriba señalado). Por lo tanto, el orden según el cual el "estado", de acuerdo con esta concepción debe y puede actuar y según el cual el estado —es decir los hombres que aparecen como gobierno— actúa en realidad no tiene que ser, o al menos no es necesariamente, el orden jurídico; esto conduce a la aceptación teóricamente insostenible de dos órdenes que existen independientemente el uno al lado del otro; este dualismo se refleja en la expresión "derecho y orden", como si el derecho no fuera orden alguno y como si el orden de que se trata no fuera derecho.

Es humanamente comprensible que los juristas se sirvan de tales métodos ideológicos para defender la política de su gobierno, que ellos consideran buena, de la objeción de arbitrariedad jurídica. Pero es imperdonable que haya estudiosos que tengan el dudoso coraje de transformar esta necesidad en virtud, que negando el llamado ético de toda ciencia renucien al ideal de un conocimiento objetivo y libre de las tendencias políticas y a defender un derecho del sincretismo metódico, proclamando la inseparable vinculación de la ciencia del derecho con la política.

Esta confusión es evidentemente una característica de nuestro tiempo. En la sociedad convulsionada por la guerra y la revolución mundial, los grupos y clases combatientes dependen más que nunca de la elaboración de ideologías idóneas que posibiliten, tanto para aquellos que están en el poder como a los que aspiran al mismo, la defensa más eficaz de sus intereses. Todo lo que está de acuerdo con sus intereses subjetivos es presentado como objetivamente recto; esto debe pre-

cisamente sostenerlo la "ciencia" —la llamada ciencia— del estado y del derecho. Ella proporciona, en verdad, esa "objetividad" que ninguna política es capaz de producir. Y la proporciona —como si esta violación no negara su naturaleza— con verdadera y fatal "objetividad". De esta manera, el teórico burgués deduce —en una forma estrictamente "científica", se comprende— de la naturaleza del hombre o del concepto de sociedad, la necesidad absoluta de la propiedad privada y la justicia absoluta de la democracia, mientras que su opositor político —sobre la base de un igualmente "científico" socialismo— demuestra la necesidad de la propiedad colectiva y la justicia de la dictadura del proletariado. Lo que verdaderamente asombra es que no se vea la absoluta falta de valor de esta presunta ciencia que solo enmascara lo político y que con su método permite demostrar las teorías más opuestas. Naturalmente, no puede asombrar el que esta "ciencia" del estado y del derecho sea tanto para las derechas como para las izquierdas, una teoría sumamente incómoda y que no quieran participar en esta mascarada y se resistan en todos los casos a publicar como resultado de conocimientos científicos y, por lo tanto, como carácter necesario y universal de este cuadro social, lo que solo es una configuración posible y singular del estado y del derecho surgida de determinados intereses; y esta teoría pretende ser precisamente solo ciencia y no política. Pero, ¿cómo se expresa la insatisfacción, ante el hecho de que partiendo de la teoría pura del derecho no se pueda saber qué sea el "verdadero" estado y el derecho "recto", y que en la teoría pura del derecho no se pueda encontrar ningún tipo de justificación del ideal político, es decir, de una configuración del orden social que concuerde con determinados intereses?, ¿cómo se expresa la desilusión ante la teoría pura del derecho que no solo no proporciona ninguna ideología utilizable —ni por las derechas ni por las izquierdas— sino que además combate tales ideologías en tanto son utilizadas por una pseudo ciencia? Muy fácilmente: se dice que la teoría pura del derecho es formalista.

En el combate espiritual, que en el campo de la jurisprudencia es llevado a cabo con numerosas armas, no hay ningún otro argumento que sea más usado y con tanto éxito como la objeción de formalismo. Esta es también la objeción esencial —en realidad la única, aunque expresada de manera diferente— que se hace contra la teoría pura del derecho. Cuando fracasa la crítica inmanente o ni siquiera es intentada, cuando no se puede negar la unidad lógica de los razonamientos y no se puede descubrir error alguno en sus presupuestos (a menos que se los mal interprete groseramente o se los sustituya por otros que le son esencialmente extraños), basta calificarla de formalista para conducirla ante el foro de los irreflexivos. Y sin embargo, ninguno de los tópicos que dominan la mentalidad combativa de los juristas tiene un sentido tan poco preciso como éste. Evidentemente, parte de la ya de por sí problemática oposición entre forma y contenido y presupone como máxima de valor incuestionable el que pueda colocarse el contenido sobre la forma y no la forma sobre el contenido. Pero quien conoce la relatividad de esta oposición, y ha comprobado cómo el mismo objeto puede ser definido unas veces como forma y otras como contenido, utilizará con cautela la palabra "formalismo". Por lo pronto, con relación a un objeto tal como el derecho. En él se puede distinguir forma y contenido, forma jurídica y contenido jurídico y, sin embargo, circunstancialmente este derecho en tanto totalidad —en relación con la economía por ejemplo— puede ser considerado solo como forma, a fin de no confundirlo con la economía. Así pues, en la cuestión del formalismo jurídico no interesa solamente o quizás no interesa tanto precisar la esencia de la forma como algo diferente del contenido, para luego decidir si la jurisprudencia es o no una disciplina formal, sino que interesa mucho más saber qué significa el juicio negativo de valor, la acusación de formalismo que se suele hacer tan gustosamente a la jurisprudencia en general o a una determinada dirección de la misma. Y aquí hay que aclarar ante todo si el juicio peyorativo que subyace en la afirmación de

formalismo, vale para el conocimiento del derecho, y por lo tanto para una teoría jurídica, o si más bien se refiere a una actividad dirigida a la producción y aplicación del derecho, a su formación y evolución, es decir, a una praxis jurídica.

Es evidente que el juicio de formalismo, en tanto juicio negativo de valor, se dirige especialmente a un determinado tipo de praxis jurídica. Los fallos judiciales, las decisiones de las autoridades administrativas, son calificados de "formalistas" cuando se quiere destacar en ellos un determinado tipo de inferioridad. Esta inferioridad reside en el hecho de que el fallo judicial o la decisión administrativa concuerda en realidad con las normas generales que deben aplicarse pero no tiene en cuenta ciertos intereses que, desde un cierto punto de vista, aparecen como dignos de ser tenidos en consideración y que pueden ser tenidos en cuenta en una interpretación "recta" de la norma a aplicar. La acusación se refiere así a la elección que hay que realizar, de acuerdo con puntos de vista políticos, entre las posibles significaciones de la norma a aplicar; por lo tanto, tiene especialmente carácter político.

Esta acusación de formalismo no puede en ningún caso referirse a una teoría del derecho que no persigue otro fin que el de concebir el derecho dado tal como ha sido conformado por la legislación y la ejecución de la ley, sin tomar posición valorativa frente a este derecho. Mucho menos aún alcanza esta acusación de formalismo a una teoría de la interpretación que, como la de la teoría pura del derecho, señala como tarea del intérprete científico sólo la dilucidación de los posibles significados de una norma jurídica y que por lo tanto, no excluye una aplicación —en el sentido que se acaba de mencionar— no formalista del derecho. Pero en tanto teoría general del derecho, distingue la teoría pura del derecho en los fenómenos del derecho positivo, forma y contenido, separa los conceptos jurídicos formales que naturalmente se encuentran en todo ordenamiento jurídico, de los conceptos jurídicos que se obtienen mediante una consideración compa-

rativa de los órdenes jurídicos históricos y que representan una tipificación de contenidos de derecho. La consideración eventual de que la teoría del derecho considera irrelevante el contenido de las normas jurídicas es un imputación tan incomprensible que no merece la pena ser discutida. Pero es evidente que un sistema de conceptos, tal como el de la teoría pura del derecho, debe tener un carácter relativamente formal, pues de por sí los principios de la lógica y de la metodología no son muy diferentes entre sí. Mediante los conceptos de una teoría general del derecho debe ser dominado gnoseológicamente el inmenso material jurídico positivo.

Como todo conocimiento, el conocimiento jurídico debe también formalizar su objeto. Y este formalismo no puede ser atacado por nadie. Pues precisamente en este formalismo reside lo que como virtud se opone al vicio del prohibido "formalismo"; en este formalismo reside su objetividad. En su "Lógica del conocimiento puro" (pág. 587) dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: "Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento". Quien no comprende esto no sabe qué es lo que le interesa al conocimiento científico. La aspiración de la teoría pura del derecho de que el material a ella suministrado sea encerrado dentro de un sistema de conceptos lo más preciso y exacto posible, es la aspiración de todo conocimiento con relación a su objeto. Por lo tanto, el querer reducir la teoría pura del derecho a una "jurisprudencia de conceptos —lo que no pocas veces sucede— es un error de comprensión verdaderamente lamentable. ¿A quién se le ocurriría combatir una teoría física por ser "física de conceptos"? El conocimiento del derecho no puede ser otra cosa que una "jurisprudencia de conceptos". ¿Cómo sería posible concebir sin conceptos? Evidentemente, otra cosa es la creación y aplicación del derecho. Estas no apuntan a los conceptos; tienen que crear

normas jurídicas, son funciones de la voluntad, no del conocimiento; tienen ante todo que crear el material que la ciencia del derecho se ocupa en concebir. Esta confusión es solo posible porque en la jurisprudencia tradicional no se distingue el conocimiento del derecho, de la creación y aplicación del derecho, y la teoría del derecho, de la praxis del derecho; evidentemente, hay que atacar como jurisprudencia de conceptos, aquella práctica corrompida de deducir normas jurídicas de cualquier concepto creado con este fin y que no ha sido obtenido estrictamente del material jurídico empírico; así por ejemplo, del concepto de derecho o del estado, de un concepto de la propiedad o de soberanía se obtiene subrepticia y "científicamente" un contenido jurídico cualquiera que solo podría ser creado por el procedimiento jurídico de la costumbre, la legislación, celebración de contratos, fallos judiciales, etc. Ninguna otra teoría se ha opuesto con tanta energía como la teoría pura del derecho a la jurisprudencia de conceptos, al señalar enérgicamente que la ciencia del derecho no puede ser fuente del derecho, que la deducción de normas jurídicas de los conceptos jurídicos es mero derecho natural y que de un conocimiento del derecho positivo que se mantenga dentro de sus límites no se puede obtener ni un ápice de nuevo derecho. La teoría pura del derecho ha sido la primera en descubrir el motivo eminentemente no científico que lleva a la jurisprudencia tradicional a oponerse tan desesperadamente a una distinción pura entre teoría del derecho y praxis jurídica, entre ciencia del derecho y política jurídica; esta falta de distinción es lo que posibilita precisamente aquella jurisprudencia de conceptos.

En esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser solo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional.

Si una ciencia es formalista cuando, con conocimiento de sus insuperables limitaciones, renuncia a querer solucionar problemas que no pueden ser resueltos con los medios específicos de la ciencia, entonces ser formalista significa tanto como ser honesto, como no querer engañarse a sí mismo y a los demás. Y en este caso, la teoría pura del derecho acepta con gusto la objeción de formalista.

Naturalmente, la jurisprudencia tradicional intentaba siempre bajo el título de ciencia, resolver la cuestión del derecho justo. Los intereses estamentales de los juristas conducen también a esta posición. Se suele sostener esta pretensión con el éxito superficial y por lo tanto admitido, de una expresión segura: la ciencia del derecho tiene que servir a la "vida". Esta es ciertamente una frase indiscutible. Se puede servir a la vida buscando conocer con absoluta objetividad la esencia de las cosas y entre ellas, la esencia del estado y del derecho, es decir, mediante la ciencia; pero también es posible servirla mediante la voluntad y la acción, realizando valores: creando y ejecutando derecho, es decir, mediante la política. Aquel para quien la ciencia no debe contentarse sólo con servir al conocimiento objetivo, pretende en verdad —bajo la exigencia de "servir a la vida"— que aquella sirva intereses que —como lo demuestra el conocimiento— no puede ser otra cosa que intereses individuales y subjetivos o intereses de grupo aun cuando se los presente falsamente como valores objetivos. No es la ciencia la que protesta contra la teoría pura del derecho con la objeción de formalismo, sino la política. Y con este argumento la teoría pura del derecho no puede ser refutada por la ciencia o por una posición científica; solo la política podría acallarla con este tópico. Pero la teoría pura del derecho no teme a la política pues la historia del espíritu humano muestra que la ciencia y también la ciencia del derecho se libera siempre de la esclavitud a la que intenta someterla la política; la ciencia está obligada por su naturaleza más íntima a ser sino algo más, por lo menos otra

cosa que un medio para la lucha por el poder. Cuando la teoría pura del derecho, a pesar de todos los ataques, se niega a ser un instrumento de la lucha por el poder, a servir al poder, cualquiera que éste sea, lo hace convencida de que en la eterna lucha del poder contra el espíritu, éste puede sufrir derrotas pasajeras en las cuales la ciencia quede prisionera del vencedor provisorio; pero sabe también, como la historia nos enseña, que la victoria del poder sobre el espíritu nunca es definitiva y que cuanto más se violenta al espíritu, tanto más poderosamente se resiste hasta lograr nuevamente lo único que corresponde a su esencia íntima: la libertad.