

LA TEORIA PURA DEL DERECHO*

Por LINO RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE,
Catedrático de la Universidad de Panamá.

La orientación formalista representada por la kantiana de Marburgo y vertida al Derecho por Sieckmann, culmina pocos años más tarde en la "teoría pura del Derecho" de Hans Kelsen, que representa el máximo grado de la metodología jurídica lógico-formal. Se pretende así construir una filosofía del Derecho apartada de lo empírico y, al mismo tiempo, de los contenidos del Derecho universal del iusnaturalismo; pero que, de otra parte, a ser la teoría del "à priori" puramente formal del Derecho (1).

La materia y la forma en Kant

Es de notarse que para Kant, el problema del conocimiento requiere una actitud subjetiva ante el objeto, equidistante entre lo escéptico y el dogmatismo ingenuo, o sea, ni cerrarse completamente al conocimiento del mundo ni tampoco disponerse a aceptarlo sin ninguna discusión y análisis de las cosas que nos circundan. A este respecto, ha escrito José Cortés Grau: "Todo filósofo ha tenido que hacer la crítica de sus instrumentos mentales antes de dar por concluso su sistema. Pero hubo quien se concentró de tal modo en ella, que convirtió toda su filosofía en crítica.

* Cfr. mi libro "Ciencia y Filosofía del Derecho (Filosofía, Derecho y Revolución)", Buenos Aires, E.J.E.A., 1961.

(1) José Castán, "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", Madrid, 1947, pp. 96-97; y nuestro trabajo en colaboración con Ismael Peidro Pastor, "Hacia una concepción comunitaria del Derecho", Madrid, *Revista de la Facultad de Derecho*, 1948, p. 132.

Este es el criticismo de Emmanuel Kant" (2), hasta el extremo que el sujeto cognoscente juega un papel decisivo en la determinación del objeto a conocer.

La obra kantiana significa, pues, el mayor esfuerzo crítico realizado para alcanzar un orden racional, desde el momento que sujeta toda realidad a la razón, ya que a partir de ésta se ordena el mundo. La razón es, por consiguiente, el punto inicial en el conocimiento de la vida. Es, por ello, que destaca en demasía el problema del conocer en perjuicio del problema del ser. De este modo, ajusta toda realidad a cánones independientes de la experiencia, a juicios a priori e imperativos categóricos, únicos que pueden darnos la norma universal de nuestra conducta y conocimientos aplicables a todos los objetos posibles.

Distingue la materia y la forma. La materia es aquello que el sujeto recibe al conocer; algo que está ahí en la vida independiente de él y que puede ser aprehendido por su intelecto. La forma es lo que el sujeto aporta activamente al conocimiento; precisamente lo que va a dar sentido a la materia. Por ello, mientras la materia proviene de la experiencia (a posteriori), la forma está ya en el sujeto (a priori). Sólo a través de nuestro pensamiento adquiere sentido la realidad, al igual que únicamente cuando el hombre trata de conocerse a sí mismo comienza a tener sentido su vida. Contemplemos, por ejemplo, un paisaje, un cuadro . . . , y observaremos que a medida que nuestra compenetración es más íntima con ellos adquirimos una visión más completa de lo que vemos. De aquí —repetimos— la importancia que tiene el sujeto en la determinación del objeto.

Luego, en buena parte, lo que está delante de nuestros ojos adquiere sentido por la participación activa de nuestra razón. Por eso, cuántos fenómenos de la vida real nos pasan desapercibidos porque no ponemos en ellos la atención necesaria. Claro es que todo esto fue llevado a

(2) "Filosofía del Derecho, Introducción gnoseológica", 1941, p. 145.

un extremo exagerado por Kant, que no hizo más que llevar a sus últimas consecuencias la posición cartesiana, de que el mundo se nos ofrece como un cajón lleno de cosas re-
vueltas que el hombre ha de ordenar desde su razón.

Es por lo que en la actitud kantiana, el conocer ya no significa tan sólo cierta participación activa del sujeto en la verdad conocida, sino construcción, ordenamiento de la realidad desde el punto de vista de la pura razón. Por último, el marxismo ha de recoger la teoría kantiana para sostener que el hombre es un ser creador a quien le corresponde construir un mundo nuevo, lo que conseguirá cuando venza a las fuerzas de la naturaleza y a Dios.

Nuestra posición, ante este problema, la hemos expuesto en el libro "¿Dios ha muerto?" (3), cuando decimos: A estas alturas se hace muy difícil sostener que el hombre es un mero testigo ante el orden cósmico, cuando las últimas conquistas de la ciencia han puesto en él medios capaces para la destrucción del planeta. Por eso su actitud ante la obra de la creación no es ya la del espectador asombrado que la acata resignándose a no alterarla lo más mínimo, porque en la actualidad tiene conocimiento y poder suficientes no sólo para aprehenderla con el intelecto, sino que incluso puede llegar a transformarla con su genio creador.

Como advertimos, el kantismo exageró el papel del sujeto en el conocimiento. Su subjetivismo se manifiesta también en el concepto del imperativo categórico: "Obra de modo que la máxima de tu voluntad y conducta puedan servir siempre como principio de una legislación universal". Mas la universalidad del imperativo categórico estriba tan solo en su carácter formal, porque no da contenidos concretos de conducta, como sucede, por ejemplo, con la moral cristiana, que ordena no matar, no robar... Los mandatos de la moral kantiana son autónomos, cuyo origen se encuentra en nosotros mismos, de donde que sean inmanentes a la conciencia humana, porque si emanaran de

(3) Madrid, Ed. Euramérica, 1958, p. 48.

otro ser, ello implicaría sujeción del sujeto a ciertos fines extrínsecos al hombre.

El neokantismo significa, pues, la vuelta al Kant de la razón pura y del imperativo categórico; al Kant del *apriori* y del formalismo riguroso (4). Pues la Idea en Kant se ha convertido en simple función del conocer, en pura forma vacía, que tiene como límite la experiencia sensible, desde el momento que para el kantismo no hay verdades *a priori*, sino tan sólo la forma del conocer, que es una actitud subjetiva de la mente; principios apriorísticos bloqueados en y por la experiencia, puesto que están privados de un contenido propio y son simplemente condiciones para el conocimiento de las cosas (5). Por eso Kant separaba al "yo empírico" del "yo trascendental", entendiéndolo por éste último, como la autoconciencia que unifica la múltiple de la conciencia empírica (6); en lo cual radica su idealismo, puesto que está más allá de la experiencia el principio inmanente unificador de las cosas sensibles.

El método de la teoría pura

Este es el clima ideológico en el que se inspira Kelsen y la escuela de Viena. Téngase en cuenta que todas las corrientes metodológicas han respondido a una situación histórica determinada. Así, el iusnaturalismo racionalista fue la expresión de un mundo burgués ascendente, el historicismo de Savigny y sus seguidores la expresión de la contrarrevolución, el legalismo exegético y el positivismo sociológico, las ideologías jurídicas del mundo burgués dominante, y el relativismo de la teoría pura será el pensamiento jurídico solidario con el período de transición y decadencia del mundo burgués en que vivimos (7).

(4) Pedro Pastor y Rodríguez-Arias, *op. cit.*, pp. 131-132.

(5) Michele Federico Sciaeca, "¿Qué es el idealismo?", Buenos Aires, Ed. Columba, 1959, pp. 30-31.

(6) Giacomo Perticone, "Orientaciones actuales del pensamiento jurídico", Buenos Aires, Ed. Troquel, 1960, p. 87.

(7) A. L. Machado Neto, "O problema de ciencia do direito", Salvador-Bahía, Ed. Progresso, 1958, p. 117.

En estas condiciones, Kelsen se enfrenta con la realidad de su tiempo y advierte la existencia de una terrible confusión entre lo que es Derecho positivo y lo que —desde tal o cual punto crítico de valoración— debería ser Derecho positivo, cómo deben actuar los hombres según el Derecho positivo y cómo actúan de hecho. Estas impresiones crearon en él la necesidad de llegar a una estricta separación entre una teoría del Derecho positivo (que es lo que él se propone elaborar) y, de otra parte, la ética, la política y la sociología (8). Porque en su tiempo, cuando se agita la bandera de la teoría pura del Derecho al iniciarse nuestro siglo, la ciencia jurídica era una especie de ciudadela circundada por la psicología, la economía, la política y la sociología. Cada una de estas ciencias trataba de remover los muros del Derecho para hacerla entrar en sus propios dominios. Fue contra esta pretendida invasión en el campo jurisprudencial que se manifestó el movimiento de purificación jurídica encabezado por Kelsen y la escuela de Viena (9).

Kelsen trata de realizar esta decantación de la ciencia jurisprudencial partiendo de la filosofía kantiana a que nos hemos referido. Es cierto que, en primer lugar, su posición recibe el nombre de teoría normativa del Derecho. Pero después, cuando su doctrina se fue nutriendo cada vez más de los ingredientes del kantismo, se le cambió el nombre por el de teoría pura del Derecho, para liberarla de todos los elementos metajurídicos, a fin de excluir del ámbito específico del jurista una serie de problemas que tienen desarrollo aparte (moral, economía, sociología, historia, política). Es decir, se trata de que el Derecho se constituya en disciplina autónoma, porque, de lo contrario, tendrá que disolverse en la moral, en la política, en la filosofía del derecho o en la sociología jurídica. A este objeto, hay que podar al fenómeno jurídico de todo

(8) Josef L. Kunz. "La teoría pura del Derecho", México. Imp. Universitaria, 1948, pp. 15-16.

(9) Miguel Reale. "Filosofía del Diritto", Torino, Ed. Giappichelli, 1956, p. 292.

lastre extrajurídico, como hemos visto más arriba. De lo contrario, esto es, si al fenómeno jurídico no podemos tratarlo como tal, la ciencia del Derecho tiene que renunciar a constituirse como una disciplina independiente (10).

Precisamente, por ello, el kelsenianismo sostiene el criterio de la unidimensionalidad del Derecho, separando el fondo (contenido) de la forma propia del precepto jurídico. La teoría pura significa, de este modo, la doctrina sobre las estructuras lógicas de la normatividad. Es una ciencia jurídica libre de intereses ideológicos o políticos. "Me siento —afirma Kelsen— cada vez más compenetrado con aquella dirección teórica de Laband y Jellinek que persigue —distanciándose de una metafísica nebulosa del Estado— una teoría del Estado positivo estrictamente jurídica, sin matices ni intenciones políticas. Nuestro método viene determinado por la crítica Kantiana de la razón pura. Dualismo entre el ser y el deber ser; sustitución de los postulados e hipótesis metafísicos por categorías trascendentales que condicionan y moldean el dato experimental; ascensión desde el subjetivismo psicológico a la esfera de la validez lógico-objetiva. Tales son las líneas directrices de mi especulación teórica" (11).

Veamos, pues, como Kelsen se alinea en la posición formalista de Laband y Jellinek. Para Laband no existe más Derecho que el que se agota en las normas jurídicas, sin rebasar su elemento formal a fin de reducir el orden jurídico a puros conceptos; y, según Jellinek, los fenómenos jurídicos tan sólo se dan en el pensamiento humano, con lo cual se cierran a todo contacto con la realidad social. De esta manera —como venimos señalando— el a priori kelseniano carece de todo contenido. Son las categorías kantianas de que dispone el sujeto como instrumento de ordenación del caos, como elementos unificadores

(10) J. M. Delgado Ocando, "Historia de la Filosofía del Derecho" Maracaibo, Venezuela, Universidad del Zulia, 1962, p. 304.

(11) Cit. por Pedro Pastor y Rodríguez-Arias, op. cit., p. 135.

de la múltiple experiencia. Porque si queremos unificarla hemos de admitir ciertos conceptos a priori, que la condicionen. Ejemplos de aquellos conceptos son los de espacio, tiempo, unidad, causalidad, etc., (las categorías kantianas). A través de la unificación de la multitud de los fenómenos, conseguimos objetivarlos; v.gr., llamamos hoja de papel a algo que en la experiencia se nos presenta como múltiple; todos los fenómenos que percibo en esta hoja de papel me aparecen unificados en un objeto mediante la categoría de sustancia.

Luego Kelsen, como Kant, si bien toman como punto de partida una posición positivista, se apartan de ésta en cuanto consideran que el conocimiento jurídico no se agota en la experiencia, sino que, por el contrario, ésta se unifica y cualifica desde el plano de los principios apriorísticos. Su positivismo radica en que el a priori es simple forma vacía de contenido que está condicionada en y por la experiencia social. De aquí el que tome como punto de partida el Derecho positivo, que es el único Derecho que él admite, pues el Derecho natural lo relega al plano de la ideología. Empero esta experiencia no puede conocerse desde sí misma por ofrecer condiciones que por sí sola no puede dar. De donde que, para comprender el Derecho, sea necesario, considerarlo enmarcado en una categoría primaria y, por lo tanto, independiente que se denomina deber ser, la cual se opone a otra categoría, igualmente primaria, la del ser. La primera pertenece a las ciencias normológicas; la segunda a las ciencias naturales (12).

Ya desde el plano normativo el jurista se encuentra en condiciones de elaborar el ordenamiento legislativo como un sistema jurídico hermético, que tiene su propio método determinante del objeto; por ejemplo, si el jurista (sujeto) trata de determinar o investigar el Estado (objeto), éste se le aparece como una Comunidad jurídica. Por consi-

(12) Cayetano Betancour, "El ensayo de una Filosofía del Derecho" Bogotá, Ed. Temis, pp. 173-174.

guiente, Kelsen arranca de la concepción kantiana de que las formas mentales de conocimiento, los métodos, determinan a sus respectivos objetos: de que hay una estricta y rigurosa correlación entre el método y el objeto de conocimiento. Por eso, al encontrar la jurisprudencia un método propio, un método que le sea exclusivo para el tratamiento de su problemática, es claro que el Derecho puede considerarse como una ciencia en el mismo sentido en que lo son las otras disciplinas de la cultura. Esto es lo que se llama el principio de la pureza metódica (13).

En consecuencia, la pureza metódica tiene un doble significado, como en el sistema kantiano. Por un lado, por conocimiento puro entendía Kant el que no tiene mezcla empírica, y, por otro, el que consiste en la consideración de la forma de aquello que contemplamos (14); por ejemplo, en el precepto jurídico, la estimación del juicio de valor o el mandato de hacer o de abstenerse sin atender a los ingredientes psicológicos, políticos, sociológicos..., del mismo. Por lo tanto se rechaza toda investigación ideológica o sociológica sobre el Derecho, desde el momento que ésta pertenece al mundo del ser, motivo por el cual exige métodos a seguir distintos al que emplea la teoría pura del Derecho, que considera a su objeto como perteneciente al mundo del deber ser, lo cual requiere poder ser explicado exclusivamente por otro deber ser, ya que Kelsen elabora un sistema cerrado de categorías (15).

La distinción entre el ser y el deber ser, formulada por Kant y recogida por los neocriticistas, viene a constituir el antecedente teórico de la doctrina pura del Derecho. Kelsen parte de la idea de que solamente hay una esfera del ser real, la del mundo de la naturaleza, determinado por un mismo sistema de categorías, que abarca

(13) J. M. Delgado Ocando, op. cit., p. 304.

(14) William Ebenstein, "La teoría pura del Derecho", México, Fondo de Cultura Económica, 1947, pp. 49-50.

(15) Paulo Dourado de Gusmao, "El pensamiento jurídico contemporáneo", Buenos Aires, 1953, p. 38.

igualmente el ser físico que el síquico, y regido por el principio de causalidad, o sea la relación entre causa y efecto. Mientras que el **deber ser**, como principio normativo, había sido ya puesto en claro por Kant: "El deber ser expresa una especie de necesidad y de relación con principios que además no se ajustan en todo a la naturaleza. En la naturaleza, el intelecto puede conocer sólo lo que es, ha sido y será. El deber ser expresa una acción posible, cuyo principio no es otro que un simple concepto, donde, por el contrario, una simple acción natural no puede ser otra más que un fenómeno" (16). Esta es la razón por la cual el deber ser que incorpora Kelsen a su "juicio hipotético" implica la idea de un ordenamiento jurídico entendido como instrumento para la reglamentación del comportamiento humano que se rige por el principio de imputación (17).

Estamos, pues, ante la base filosófica kantiana que se caracteriza en el ámbito de la teoría pura del Derecho, por la admisión del dualismo que opone, de una parte, el ser al deber ser, la realidad al valor, el conocimiento a la voluntad (y, conjuntamente, las ciencias de la naturaleza a las ciencias del espíritu, la naturaleza a la sociedad, así como la causalidad a la imputabilidad) y del otro, el derecho a la moral, y el derecho positivo al derecho natural (18).

Sin embargo, Cayetano Betancur ha negado la separación tajante entre el mundo del **deber ser** y el mundo del **ser**, sino que, por el contrario, el concepto del ser condiciona al deber ser. En efecto, para concebir posible una norma es preciso tener en cuenta un ser: la libertad. De lo contrario, cómo se concibe que actos normativos no eficaces continúen gravando la conciencia de los individuos

(16) "Critica della ragion pura", Bari, Laterza, 1949 (Dial. trascendentale), vol. II, pp. 450-351.

(17) Giorgio di Giovanni, "Le premesse teoritiche nel pensiero giuridico di Hans Kelsen", en *Riv. int. di fil. del dir.*, 1964, p. 436.

(18) Chaim Perelman, "La théorie pure du droit et l'argumentation", en "Law, State, and International Legal Order", The University of Tennessee Press — Knoxville, 1964, p. 227.

como deber ser. Únicamente se explica ello porque el hombre es un ser libre capaz de cumplirlos o de rechazarlos. Esto en virtud de la libertad humana, que es el ser que condiciona el deber ser kelseniano, rompiéndose así la plenitud herméutica de su sistema jurídico. Porque si Kelsen prescinde del ser (libertad), tendríamos una ciencia puramente ideal, elaborada sin ninguna pretensión de unificar la experiencia jurídica de los hombres o con pretensiones de unificar una experiencia del reino de la naturaleza sometida a la causalidad o necesidad (19).

La concepción de la norma jurídica

Hans Kelsen centra su teoría en el concepto de norma jurídica. El título de su obra es: "Problemas fundamentales del derecho constitucional desarrollados por la doctrina de la norma jurídica", publicada en el año 1911. Ya encontramos en ella: la comprensión de la norma jurídica como juicio hipotético; el Derecho como sistema de normas; la doctrina de la personalidad jurídica como punto final de imputación jurídica, como personificación de un orden jurídico parcial, porque no es el hombre persona jurídica en toda su plenitud, sino exclusivamente en tanto que realiza una conducta jurídica; es decir, en cuanto que sirve de punto de aglutinación y referencia para la imputación de una titularidad de derechos y deberes (20). También recoge en dicha obra la idea de la norma básica o fundamental y las primeras aportaciones de la doctrina de la identidad del Estado y del orden jurídico nacional.

"Es necesario —decía Kelsen— mirar al Derecho con ojos de jurista... Cuando, por ejemplo, se estudia el problema de la voluntad jurídica en los contratos, para muchos la única explicación posible es psicológica, dado que la determinación del concepto "voluntad" pertenece de

(19) Op cit., p. 179.

(20) Cfr. Lino Rodríguez-Arias B., "Concepto y fuentes del Derecho civil español", Barcelona, Ed. Bosch, 1956, pp. 133 ss.

pleno a la psicología. El acto volitivo es un hecho de la vida síquica: cae, pues, bajo la categoría del "ser", ya que tan real es lo físico como lo síquico (21). Sin embargo a nosotros juristas nos interesa contemplar la voluntad como categoría jurídica, caracterizada por un valor lógico propio, irreductible al contenido psicológico que mueve a los contratantes en la satisfacción de sus intereses. Pues la voluntad de un contrato, desde el punto de vista jurídico, no puede explicarse según el proceso empírico de las voluntades que intervienen en él, sino que debe comprenderse en términos de normatividad, según esquemas interpretativos peculiares de la experiencia jurídica" (22).

Por ello es que el jurista de la teoría pura debe ser un contemplativo del mundo jurídico, o sea, situarse ante el Derecho como existe, sin investigar sus orígenes, sus causas, sus finalidades, en razón de que para estas indagaciones tendría que emplear métodos diversos del utilizado por la ciencia normativa del Derecho, excediendo así los límites de su cometido (23).

De aquí que cuando Kelsen se enfrenta con el problema de la norma jurídica la contempla en su naturaleza lógica, concibiéndola, por lo tanto, como un mandato jurídico de carácter lógico-trascendental, principio unificador desde el cual se cualifica la experiencia social, desde las normas constitucionales hasta las que derivan de un contrato o de una sentencia. De este modo el Derecho se contempla como un sistema de normas o grados, un sistema de proposiciones normativas, las cuales se apoyan o coordinan entre sí formando una totalidad coherente, por lo que reciben unas de otras su vigencia de acuerdo al sistema de delegaciones y todas en conjunto se justifican en virtud de la norma fundamental, que es la base

(21) Luis Recaséns Siches, "Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX", México, Ed. Porrúa, 1963, p. 151.

(22) Miguel Real, op. cit., pp. 292-293.

(23) Paulo Dourado de Gusmao, op. cit., p. 39.

lógica y condición de la unidad del sistema. Así las normas jurídicas son proposiciones lógicas que se colocan sobre el plano del deber ser (24).

En este sentido Kelsen nos define la norma jurídica, como un "juicio hipotético" que expresa una relación específica de un hecho condicionante con una consecuencia condicionada; y la distingue de la ley natural, que conecta un determinado hecho como causa a otro como efecto. De esta manera mientras en ésta el nexo de los hechos se rige por el principio de causalidad, por cuanto pertenece al mundo del ser; la norma jurídica, emplazada en el mundo del deber ser, su principio dominante es el de imputabilidad, en virtud del cual una consecuencia es atribuida en razón del cumplimiento de una determinada acción. La norma jurídica predispone una sanción para el caso de que se manifieste un comportamiento contrario al debido.

La ley natural se expresa en la fórmula: Si A es, es necesariamente ("muss") B; mientras la proposición de la norma jurídica dice: Si A es, debe ("soll") ser B; de donde que el "necesariamente" de la primera locución está en afirmar que la consecuencia se produce espontáneamente fuera de toda intervención humana. A este propósito Windelband ha sido claro: 'El sol de la necesidad natural brilla igualmente sobre el justo y sobre el injusto. Pero la necesidad que advertimos en la validez de las determinaciones lógicas, éticas y estéticas, es una necesidad ideal que no es aquella del Mussen y del no poder —ser— de otro modo, sino aquella del Sollen y del Poder —ser— de otro modo' (24 bis). Esto quiere indicar que el cumplimiento de la norma jurídica no supone una obligatoriedad semejante a la que se manifiesta en los hechos de la naturaleza, sino que solamente debe ser realizada, pero puede o no cumplirse por la voluntad del hombre.

(24) Miguel Reale, op cit., pp. 293-294.

(24 bis) "Praludien. Aufsätze und Reden zur Einführung in die Philos". Friburgo, 1884, pp. 69 ss., trad. it, R. Arrighi, Milano, 1948.

Vemos, pues, como la norma jurídica se sitúa en el plano del deber ser lógico. Por consiguiente, como decíamos al referirnos a la posición de Kelsen respecto de la personalidad jurídica, él únicamente toma en cuenta al hombre en su aspecto normativo, esto es, en cuanto es capaz de ser un sujeto de conducta jurídica. Luego el concepto jurídico de persona es una cosa enteramente distinta de la persona entendida en sentido biológico o moral. De donde que no todo hacer humano pertenezca a la esfera jurídica, sino que tan sólo aquél que es susceptible de imputársele derechos y obligaciones. Téngase en cuenta que, por lo general, cuando un hombre cumple una acción no lo hace por motivos jurídicos. Quien paga una letra de cambio no es movido siempre por el deseo de evitar un protesto, sino más bien por la voluntad de satisfacer intereses vitales de índole metajurídicos (económicos y morales); ni, por ejemplo, podrá decirse que la madre eduque al hijo pensando en el cumplimiento de deberes jurídicos. Esto es así, porque el Derecho no se confunde con el proceso síquico, en el cual se determina una acción, ni con el contenido axiológico (económico o moral) que pueda impulsar al agente a actuar. Lo único importante para el Derecho —como decimos—, es atribuir unas consecuencias jurídicas a una conducta humana que ha incidido en su esfera. Bajo esta perspectiva nos explicamos que una sola persona física, pueda ser considerada, simultáneamente, como padre de familia, como profesor universitario, como miembro de un partido político o como gerente de una compañía anónima. Si existiera una identificación plena entre la persona en sentido jurídico y la persona en sentido físico, no se pudiera dar la posibilidad de esta diversa posición que el hombre, físicamente considerado, pueda adoptar dentro de la comunidad social (25).

Es obvio, el carácter eminentemente normativo del Derecho en la posición kelseniana. La regla jurídica, pues, es una pura entidad lógica de carácter hipotético, que sirve

(25) J. M. Delgado Ocando, op cit., p. 310.

para disciplinar los posibles comportamientos humanos, cuyos contenidos no son de naturaleza jurídica. De aquí que Kelsen distinga entre la norma primaria y la norma secundaria. La primera se caracteriza porque dispone la sanción para el supuesto de incumplimiento del mandato. Mientras que la secundaria establece cómo en un supuesto determinado debe conducirse el sujeto. Así, por ejemplo, la norma primaria: El que mate a otro incurrirá en "x" años de presidio; la secundaria: No matar. Como se ve, esta última va incluida en la primaria y, su formulación, tan sólo se hace para una mejor comprensión de la primaria, puesto que se trata de un llamamiento a la voluntad del individuo a fin de que no realice el acto prohibido, porque de hacerlo se le impondrá la pena correspondiente.

Los conceptos de valor, validez y eficacia de las normas jurídicas

Kelsen distingue el problema del valor del Derecho de aquel de su validez; esto es, el problema de la justicia de la norma del de su existencia; y señala que la ciencia jurídica debe ser indiferente a los valores. Esta distinción sirve para delimitar el plano que corresponde a la ciencia del Derecho del que es de incumbencia de la Filosofía jurídica, que tiene por objeto el estudio de la justicia.

Esta posición kelseniana difiere de la afirmación iusnaturalista: "Toda norma jurídica es válida sólo si es también justa", con lo cual se defiende que, en última instancia, el Derecho positivo para su validez debe ser legitimado por el Derecho natural, desde el momento que sus normas deben ser justas. Ahora esto no quiere decir que los iusnaturalistas cuando condenan a una ley por injusta niegan su existencia, sino simplemente se proponen inducir al mayor número posible de ciudadanos a no obedecerla, o sea a procurar que la misma deje de existir en el futuro. En otras palabras, los iusnaturalistas cuando

afirman que una ley es injusta no pretenden decir que no existe (y sólo en este caso se haría depender la existencia de un hecho de la valoración).

La diferencia entre juicio sobre la justicia de una norma y juicio sobre la validez de la misma norma, está en esto: en que el primero es un juicio de valor y el segundo un juicio de hecho. Ahora, hacer depender la existencia de la norma de su mayor o menor conformidad a un ideal de justicia equivale a subordinar el juicio que estamos llamados a dar sobre la existencia de un hecho al valor que le atribuimos. Por ejemplo: Que Bruto haya matado a César es un juicio de hecho, que la muerte de César sea una acción buena o mala, es un juicio de valor. ¿Cómo podríamos negar en el plano histórico la muerte de César a manos de Bruto porque consideremos está mal lo haya matado? El iusnaturalista —como decimos— va tan lejos. Se limita a declarar injusta a la ley que se ajusta a los cánones del Derecho natural, que exhorta a los ciudadanos a desobedecerla, cuya aplicación es un reconocimiento de la existencia de la norma jurídica en el estricto ámbito del Derecho positivo. Esta posición se explica —según Norberto Bobbio— debido a que, cuando surge la doctrina iusnaturalista, no había instituido un sistema eficaz de control constitucional, y, por este medio, se exige al soberano atenerse en su función legislativa a ciertos principios de humanidad y de justicia, bajo la amenaza de que en caso contrario los súbditos tendrían el derecho de no obedecer (propriadamente como si la norma no fuese válida); y, de otro lado, proveer a los súbditos —sobre todo en una época en que no existiendo derechos políticos el ciudadano no participaba en la formación de las leyes— de un pretexto para negar la obediencia a una ley impuesta contra su conciencia moral o religiosa (propriadamente también como si la norma no fuese válida) (26).

(26) "La teoría pura del diritto ed i suoi critici" *Rev. trim. di dir. e proc. civ.*, 1954, No 2, pp. 359-361.

Muy distinta es la posición del legalismo jurídico, para el cual se identifican los conceptos de la ley y de justicia, o sea que no establece ninguna distinción entre validez y valor. Luego toda norma jurídica en cuanto tal es justa y, por lo tanto, debe ser obedecida; es decir, que la existencia de la norma lleva aparejada el valor de justicia. Por el contrario en el iusnaturalismo se distingue entre existencia y validez, desde el momento que se admite la existencia de la ley injusta si bien se la niega validez, con lo cual se subordina la validez al valor de lo justo, mientras que la doctrina pura del Derecho se limita a señalar que las leyes son válidas independientemente del hecho de que sean justas o injustas.

Por consiguiente, para Kelsen la validez hace referencia al Derecho, es una cualidad de la norma jurídica; significa que las normas son obligatorias; esto es, que los hombres deben comportarse del modo que tales normas prescriben y que las deben aplicar. La validez afecta, pues, a la esencia del Derecho; es un requisito "a priori" y autárquico, porque se da independientemente de la eficacia de la norma jurídica. Esta es válida si ha sido establecida conforme a la norma superior. Y sólo una norma válida puede ser anulable; si no lo es, significa que queda definitivamente válida. No hay una tercera posibilidad, ya que una norma nula no es una norma, pues sólo tiene de ella su apariencia, debido a que Kelsen equipara los conceptos de validez y existencia. Luego la nulidad absoluta se encuentra fuera del dominio del Derecho (27).

La eficacia, por el contrario, no es un atributo del Derecho en sí, es un atributo de la conducta real de los hombres; significa que éstos se comportan realmente según las normas y que éstas son realmente aplicadas. Por eso la eficacia es un juicio sintético y "a posteriori", extraído de la experiencia y de carácter accidental, puesto que los ciudadanos pueden aceptar o rechazar el cumplimiento de

(27) "Teoría pura del Derecho", Buenos Aires, Ed. Eudeba, 1960, pp. 158-159.

la norma válida. Luego la eficacia es una cualidad de la conducta humana.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando una norma válida es desobedecida por todos los ciudadanos? ¿Pierde su validez? Sí. Luego, ¿la validez está condicionada a la eficacia de la norma jurídica? No, es tan autárquica como la eficacia misma, conforme hemos expresado más arriba. Esa norma ineficaz se convierte en inválida porque no ha reunido todas las condiciones necesarias para su validez, desde el momento que la finalidad de la norma válida es servir al bien común, lo que no puede darse cuando todos o la mayor parte de los ciudadanos la rechaza como inútil o perturbadora. De donde que no sea la eficacia causa de la validez, sino el signo de dicha validez. La validez jurídica implica la posibilidad normal de convertirse en eficaz; o sea, una aceptación normal por parte de sus destinatarios, prueba que la exigibilidad intrínseca de la norma estaba bien fundada (28).

Es obvio, que al sociólogo del Derecho le interesa su eficacia; el Derecho es digno de tal nombre sólo en cuanto corresponda a un comportamiento social concreto y efectivo. Una regla jurídica elaborada técnicamente por un órgano del Estado no es tal, en el sentido pleno de la palabra, si no encuentra correspondencia en el vivir social transformándose, por así decir, en un momento de la vida de un pueblo. Es decir, que las normas de Derecho no son creadas para permanecer incólumes en los textos legales, sino que, por el contrario, se elaboran para proyectarse en la vida social para cumplir una función organizadora. Por ello la eficacia es la nota característica del Derecho, según una visión sociológica de la ciencia jurídica, mientras que de acuerdo a la posición de Kelsen, lo que distingue la norma jurídica es su vigencia o validez técnico-formal. La eficacia es elemento distinto y, en cierto modo, secundario.

(28) Luis Legaz Lacambra, "Filosofía del Derecho", Barcelona, Ed. Bosch, 1953, pp. 246 ss.; y Miguel Reale, op cit., pp. 371 ss.

En una primera época, la doctrina kelseniana fue de un rigorismo normativo acentuado. Esto no significa que se desentendiese de las infraestructuras sociales y de los contenidos valorativos, desde el momento que concebía el Derecho como categoría lógico-trascendental, que trata de unificar y cualificar la experiencia desde el ámbito del deber ser, por lo que tiene que tomar en consideración la "posibilidad de la experiencia completa", ya que con- juna en su teoría el apriorismo lógico con el positivismo. Cuando Kelsen escribía en Austria y en el ambiente cul- tural alemán, donde el formalismo jurídico era relevante, confería a la validez o vigencia sustantividad propia, aún cuando eficaz en potencia (29). Fue en la segunda etapa, que corresponde al segundo período de su vida, ya en el exilio, cuando se pone en contacto con las corrientes sociológicas norteamericanas y flexibiliza su actitud rigurosa- mente normativista.

Sistemas estático y dinámico

Si en la obra de Kelsen a que nos referimos anterior- mente, publicada en 1911, ve el Derecho todavía exclusi- vamente desde un punto de vista estático, después por la influencia de uno de sus primeros discípulos, Adolf Merkel, en su trabajo "La doble cara del Derecho", introdujo el criterio dinámico, el punto de vista de la creación dinámica del Derecho, de la autocreación del Derecho (30).

Luego hay dos tipos de sistemas normativos: el está- tico y el dinámico. El estático, cuando el Derecho es considerado en estado de reposo, como un sistema esta- blecido; entonces aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Para expresar este sentido particular, deci- mos que las normas jurídicas se aplican a los individuos,

(29) Miguel Reale, op cit., pp. 297-299.

(30) Josef L. Kunz, "La teoría pura del Derecho", México, Imp. Universitaria, 1918, p. 20.

que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos; en fin, el Derecho se configura como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas, por lo que este sistema estático pone el acento sobre las normas. En este sistema, las normas pueden ser derivadas de la norma fundamental por una **operación intelectual**. Esto es posible a causa de la índole de la norma básica de tal sistema, que tiene un contenido de validez absoluta, por cuanto que las normas particulares están en ella contenidas, como lo particular en lo general.

Estamos en presencia del sistema dinámico, cuando al Derecho se le considera en **movimiento**, en la serie de actos por los cuales es creado y después aplicado. Este sistema lo desarrolla Kelsen cuando entra en contacto con el Derecho anglo-sajón y completa su doctrina dando mayor realce al problema de la eficacia. Por lo tanto, desde el punto de vista dinámico se considera el Derecho, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas, por lo que se pone el acento sobre la **conducta humana** a la cual se refieren las normas jurídicas. Estas normas son creadas y aplicadas por los hombres y los actos que se cumplen a este efecto son regulados por las normas jurídicas. De donde que el contenido del Derecho está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un **acto de voluntad**; costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho privado, si se trata de normas individuales (31).

Se ve, pues, que en esta segunda fase del pensamiento jurídico kelseniano interviene un nuevo elemento —el acto de voluntad—, según el cual el deber ser no existe sólo sobre el plano meramente lógico, sino que tiende a transformarse en realidad. De este modo, la norma pasa a tener una referencia más positiva y eficaz en el plano de la existencia

(31) Kelsen, op cit., p. 137.

concreta, presentándose como un elemento inseparable de la conducta del agente (32). Las normas de un sistema dinámico deben ser creadas mediante actos de voluntad por parte de aquellos individuos que son autorizados a crearlas apoyados en una norma superior. Es decir, que las reglas de un orden normativo dinámico deben ser creadas por actos de voluntad de los individuos autorizados por una norma superior a crear normas; por ende, las normas jurídicas no deben su validez a su contenido. Pueden tener cualquier contenido. Son válidas por el hecho de que fueron creadas de conformidad con una cierta norma jurídica superior y sólo por este hecho. Por eso no es posible atacar la validez de las normas jurídicas, por razón de que estén en contradicción con cierto valor moral o político.

A la consideración de este aspecto dinámico, debemos la doctrina de la **pirámide jurídica**, de la creación del Derecho por escalones o grados, como un sistema de delegaciones, esto es, la afirmación de que todas las normas de un orden jurídico positivo deben ser reducidas, en último análisis, a la norma básica o fundamental. Esta adquiere además otro sentido, y es que no es solamente postulado de la posibilidad del conocimiento del Derecho, sino también garantía de la unidad de un orden jurídico positivo, el común título de **validez formal** de todas las normas de un mismo sistema de Derecho (33).

Esta norma básica o fundamental es la **Constitución**, en sentido lógico, que es la fuente de validez de los actos de aplicación y creación del Derecho, o sea, la que atribuye a los actos, en última instancia, significado jurídico; pues toda norma es un acto de creación respecto de la norma creada, pero, al mismo tiempo, un acto de aplicación respecto de la norma que le sirve de fundamento. Cuando la Asamblea Nacional dicta, por ejemplo, una Ley

(32) Miguel Reale, *op cit.*, pp. 301-302.

(33) José L. Kunz, *op cit.*, p. 21.

de Alquileres de Vivienda, está creando una nueva norma; pero, al mismo tiempo, está aplicando la Constitución. Y esto se opera en todos los niveles del orden jurídico. Para que una norma pueda ser aplicada y, consecuentemente, esa aplicación produzca la creación de una nueva norma, es indispensable que haya conducta humana, la conducta del órgano. Desde este punto de vista estamos en presencia del comportamiento humano vinculado por las normas, es decir, estamos en presencia de la nomodinámica (34). Así, la Constitución, esto es, el primer acto creador de Derecho, aplica la norma básica o fundamental. A su vez, las normas generales de la legislación aplican la Constitución, y las normas individuales de la legislación y de la administración aplican las leyes. Los actos de coacción que aplican las normas individuales son exclusivamente de aplicación del Derecho. De manera inversa, al suponer una norma fundamental no hay aplicación de una norma superior a ella (35).

Queda patente, por consiguiente, que todo el sistema de normas es, a la vez, jerárquico y dinámico. Es jerárquico porque los actos jurídicos toman su validez de conformidad a normas jurídicas, que dependen a su vez de otras normas y así, sucesivamente, hasta llegar a la norma fundamental, que no tiene justificación jurídica, sino que es propuesta por todas las normas y todos los actos jurídicos del sistema. Y es dinámico, porque las normas inferiores y los actos jurídicos no pueden ser deducidos de normas que condicionan su validez, sino que el legislador, el juez, reciben, en una medida variada, la autoridad necesaria ya sea para crear leyes nuevas dentro del cuadro de la constitucionalidad, ya sea para concretar, para individualizar una norma general en casos particulares de aplicación. En todo caso, su acción es creadora de Derecho; y, la decisión del legislador como la del juez, no es la expresión de un conocimiento, sino un acto de voluntad (36).

(34) J. M. Delgado Ocando, op. cit., p. 312.

(35) Kelsen, op. cit., p. 154.

(36) Chain Perelman, op. cit., pp. 226-227.

Hemos dicho que la Constitución es "presupuesta" Empero, ¿qué es lo que le atribuye validez? Kelsen consideró una presunción científica su validez. De este modo, es la "primera Constitución", la fuente de validez de cualquier orden jurídico. La primera Constitución (norma básica o fundamental), no recibe validez de otra norma jurídica, porque es válida por sí misma. Luego no es una norma de Derecho positivo, sino que es una hipótesis necesaria a una teoría jurídica desprovista de elementos extraños a su objeto. Constituye, por lo tanto, el "a priori" lógico-trascendental de la teoría de Kelsen, la condición sin la que sería imposible la ciencia jurídica pura. Por la hipótesis de la norma fundamental la Escuela de Viena acepta como perteneciente al Derecho todo procedimiento reconocido como jurídico por la norma básica, independientemente de su contenido justo o injusto (37).

Así, pues, Kelsen nos ofrece una **teoría jurídica formal**, conjugando, como hemos dicho, el neokantismo con las pretensiones del positivismo. Su sistema constituye un todo orgánico, fundado en una lógica rigurosa. Mas, como nos dice Luis Recaséns Siches, quiebra la pretendida autonomía lógica del sistema normativo-jurídico frente a la realidad social; y quiebra, porque, para que podamos suponer como vigente un sistema de Derecho, es menester forzosamente que haya una realidad social que apoye de hecho ese sistema y que efectivamente corresponda a él —por lo menos en una cierta medida mínima—. Porque sin que se produzca una resultante de poder social preponderante a favor de un determinado sistema jurídico, no se puede considerar que éste haya nacido realmente. Todo sistema jurídico debe conseguir una cierta eficacia en la realidad social, pues de lo contrario el Derecho no cumpliría su función vital (38). Por eso ha dicho Kelsen, que

(37) Paulo Dourado de Gusmao, op cit., p. 40.

(38) Op cit., pp. 206-207.

la oposición entre el ser y el deber ser es de naturaleza lógica y no sustancial (39).

En fin: Kelsen pretende descartar inútilmente el dualismo metafísico Derecho natural —Derecho positivo, para sustituirlo por una concepción lógico-trascendental que parte de una norma fundamental, que no es positiva sino presupuesta; pero, en definitiva, esta norma hipotética constituye en último análisis (como el mismo Kelsen confiesa y recoge Paulo Dourado de Gusmao) un mínimo de Derecho natural (40); o, como Julius Moor ha llamado, su "misteriosa alquimia jurídica" (41).

Límites al positivismo. La sociología jurídica. Y el relativismo axiológico

Ya hemos visto que la teoría pura del Derecho se caracteriza por ser una mezcla de formalismo neokantiano y de positivismo. Toma del formalismo la distinción ontológica radical entre ser y deber ser, y del positivismo la limitación de la ciencia del Derecho al Derecho positivo y la reducción de la filosofía jurídica a "Teoría general del Derecho" (42). De esta manera la teoría pura sienta dos premisas fundamentales: a) Ser ciencia (y no ideología); b) Ser ciencia propia del objeto específico al cual se dirige: El Derecho (y no de objetos diversos, aún cuando afines, como son aquellos estudiados por la sociología). Por la primera premisa se coloca como verdadera ciencia, en contraposición —según ella— a la pseudo-ciencia del iusnaturalismo y, en general, de aquellos que subordinan el estudio del Derecho a las ideologías políticas. Mediante la segunda premisa, se sitúa como la única ciencia del Derecho, en

(39) Umberto Cerroni, "Kelsen e Marx", *Riv. int. di fil. del dir.*, 1960, p. 663.

(40) *Op. cit.*, p. 43.

(41) *Cf.* por Umberto Cerroni, *op. cit.*, p. 663.

(42) B. Mantilla Pineda, "Filosofía del Derecho", Medellín, Colombia, Ed. Universitaria de Antioquia, 1961, p. 138.

confrontación con las ciencias afines que tienden a invadir la esfera jurídica (43).

Por este procedimiento polariza el ámbito científico del Derecho en el área de la razón deductiva y de la experiencia sensible. Este es el formalismo y el positivismo que proclamara la teoría pura para recabar su titularidad científica, donde el Derecho se contempla "tal como es" desprovisto de todo contenido moral o social para sintetizarse en un "formalismo vacío" que trabaja exclusivamente sobre el mundo sensible. Precisamente el haber reducido el campo del positivismo al de la intuición sensible le ha merecido la crítica de autores como Luis Recaséns Siches, quien dice es incomprensible esta actitud en la segunda mitad del siglo XX, cuando en este tiempo ya se han producido las nuevas corrientes doctrinales superadoras o rectificadoras del viejo concepto del positivismo tendientes a mostrar que el campo de lo dado es más extenso que el de los axiomas de la lógica formal y el de la experiencia sensible, puesto que el descubrimiento de los objetos ideales y de las esencias materiales dadas a priori, ha ampliado considerablemente el campo del positivismo moderno (44).

Pero, en resumidas cuentas, dentro de su concepto del positivismo logra establecer sus límites a fin de un mejor conocimiento del Derecho. No es otro el propósito cuando toma como punto de partida de su concepción jurídica la norma fundamental que es "presupuesta" y, por lo tanto, se encuentra más allá del ámbito jurídico; y, de otro lado, partiendo también de esta norma fundamental, nos señala que no todas las normas son jurídicas, con lo que fija de nuevo los límites del positivismo. Es menester, no obstante, precisar que el positivismo kelseniano específicamente es de carácter lógico o formal, desde el momento que se ocupa del hecho social en la medida en que está determinado por una norma jurídica. Porque el Derecho, para Kelsen, es, en esencia, normativo y, en con-

(43) Norberto Bobbio, *op cit.*, p. 358.

(44) *Op. cit.*, p. 216.

secuencia, deja fuera de él todos los ingredientes que constituyen el contenido de las normas jurídicas.

De aquí que, cuando en su obra "Reine Rechtslehre", en 1934, admite la posibilidad de una sociología del Derecho, sólo hace una concesión terminológica, dado que él toma las normas jurídicas en sí mismas, en su sentido específico, como fórmulas silogísticas, independientemente de como las quieran o se las representen los individuos. Por el contrario, el Derecho, desde el punto de vista de una sociología jurídica, es sólo un hecho, algo que existe en la mente de los hombres en cuanto establecen, obedecen o desobedecen las normas jurídicas. Esta es la razón por la cual el sociologismo jurídico no parte de la norma jurídica, como lo hace Kelsen, sino del hecho social que relaciona con otros hechos que considera como sus causas o efectos para a través de este proceso inductivo formular la regla jurídica. Trata de conocer, por ejemplo, las razones por las cuales un legislador dicta tal norma en lugar de otra, e intenta determinar los efectos de su decisión. Se pregunta en qué medida los hechos económicos o las concepciones religiosas influyen en la actividad de los tribunales, o por qué los hombres se conforman o no a las normas jurídicas. Luego el Derecho es un fenómeno natural que se produce en la conciencia de los individuos. Por esto le ha negado Kelsen a la sociología jurídica el carácter de ciencia del Derecho y la ha calificado de ciencia fáctica. Así lo afirma claramente: "El Derecho, como contenido intelectual, es un objeto del conocimiento normativo jurídico; como acto psico-físico, motivador o motivado, es, como fuerza, es objeto de conocimiento de la psicología social o sociología. Aquí, con bastante lógica desde el punto de vista de la teoría pura del Derecho, no hay que hablar de una sociología jurídica. Porque el Derecho al ser normativo, está fuera del campo de una ciencia fáctica como la sociología, se llame o no sociología jurídica" (45).

Se advierte, pues, como la teoría pura ha combatido siempre sobre dos frentes: contra el Derecho natural, de un lado, y contra la sociología, del otro. Su polémica contra el Derecho natural ha sido conducida en nombre de la objetividad de la ciencia, la cual cumple con conocer la realidad y no valorarla, con lo cual hace una afirmación de positivismo jurídico. Ponerse a considerar si el Derecho positivo es o no justo es algo que ya escapa a la finalidad de la ciencia jurídica, desde el momento que ello supone la presencia de valores subjetivos, propios del iusnaturalismo que es "ideología" y, como tal, es irreductible a un análisis científico. Su polémica contra la sociología, por el contrario, versa en nombre de la distinción entre la esfera del ser y del deber ser; a la primera, pertenecen los fenómenos sociales; a la segunda, el Derecho, el cual en cuanto norma o conjunto de normas (esto es, ordenamiento jurídico), es una estructura cualificadora de la realidad social. Es la sociología la que estudia los hechos (físicos, síquicos y sociales) y trata de explicarlos mediante el método causal propio de las ciencias naturales. Por el contrario, el Derecho, desde la categoría del deber ser, sienta los principios normativos (cualificadores de hechos sociales) que tienen por objeto la organización de la sociedad (46).

Para Kelsen, de este modo, el Derecho estriba en que es un orden esencialmente coactivo de la conducta humana, es decir, es un aparato de coacción que se utiliza como técnica de organización social y que vale tanto para un ordenamiento jurídico liberal cuanto para uno comunista, ya que lo que caracteriza al Derecho como técnica es la organización del poder coactivo, independientemente de que regule el cambio de bienes entre particulares o entre empresas estatales (47). De allí que no haya entre la fuerza y el Derecho ninguna diferencia sustancial. Lo que sucede es que la fuerza tiene que estar organizada socialmente para poder ser considerada como jurídica. Por eso

(46) Norberto Bobbio, op cit., pp. 357-358.

(47) Ibidem, pp. 371-372.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

El ha dicho que el Derecho es el monopolio de la fuerza, la organización social de la fuerza. El Estado monopoliza la fuerza y la utiliza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que impone el Derecho (48).

Esta posición impasible del legislador ante los hechos sociales y morales, como un simple colaborador de cualquier régimen, cualquiera sea su valor ético, le lleva a Kelsen a atacar la opinión de que un Estado despótico no está gobernado por el Derecho, sino por la voluntad arbitraria del déspota. Tal opinión —dice— “carece totalmente de sentido”. Negar el carácter jurídico de un régimen despótico no es “sino una ingenuidad o una presunción iusnaturalista” Para que nos encontremos frente a un Estado de Derecho basta que exista una autoridad capaz de controlar la situación social mediante normas coactivas, aún cuando los individuos que viven en él no disfruten de sus derechos individuales. Paradójicamente esta actitud kelseniana le llevó a justificar el régimen nazi que le obligó a exilarse en los Estados Unidos.

En fin; podemos decir que todo el sistema conceptual de Kelsen obedece a la inspiración de un relativismo axiológico o valorativo que se funda sobre la equivalencia de los valores. Así como concibe un Derecho afinalista, simple medio de organización social; se pronuncia también por un liberalismo escéptico, afinalista, abierto igualmente a todos los fines, sin contenido social y económico determinado. Este es el que anima la idea de Kelsen tal como se manifiesta en sus libros la “Teoría general del Derecho” y en la “Esencia y valor de la Democracia”. Esto es verdad cuando se reconoce como esencial en la doctrina de Kelsen el acto objetivo de asegurar a todas las corrientes ideológicas una igual posibilidad de manifestarse sobre el plano político, contra cualquier solución totalitaria (49).

(48) J. M. Delgado Ocando, op. cit., p. 307.

(49) Miguel Reale, op. cit., p. 303.

El relativismo kelseniano le lleva a aceptar un dogma político, a saber: la fe democrática. La democracia es la versión política del relativismo axiológico, pues sólo en la democracia hay tolerancia. La tolerancia consiste en respetar la concepción política de cada uno sin imponer a nadie la fe que hace posible ese respeto. Sólo que la democracia lleva, en sí misma —según Delgado Ocando—, el germen de su propia destrucción. Y esto es así, pues la democracia legítima, a través de sus procedimientos, cualquiera de las ideologías dominantes, incluso la que niegue el principio que justifica su exaltación política (50). Sin embargo, replicamos a esta posición pesimista del colega venezolano, que en una democracia auténtica, en la que se da un equilibrio político-social porque predomina el principio de justicia entre los ciudadanos del Estado, no hay que temer la acción disolvente de las ideologías contrarias, pues éstas se estancan y no prosperan en cuanto no existe el virus que favorece su desarrollo: la miseria, la injusticia, etc., humanamente hablando, contemplándose un nivel elevado cívico y cultural del pueblo; v.gr., Inglaterra, los Países Escandinavos.

No se pierda de vista que la teoría pura del Derecho es fruto de una época llamada de la **reacionalización del poder**, donde predomina una democracia formal en la que alternan partidos democráticos y antidemocráticos. Por eso, la teoría pura debía reconocer la existencia de derechos de diverso contenido político (Derecho democrático-liberal, Derecho soviético, Derecho fascista, Derecho nazista, etc.) (51).

Señalemos, no obstante, que Kelsen ha tenido recientemente críticos a su fe democrática y a su posición afinalista. Edgar Bodenheimer ha dicho, que él debería lógicamente considerar la **autocracia** como una forma superior a la democracia, porque el carácter coactivo del Derecho

(50) Op cit., p. 118.

(51) A. L. Machado Neto, op. cit., pp. 118-119.

se realiza mejor aún en el régimen autoritario, aparte de que su teoría pura es un instrumento excelente en manos de un tirano que quiera justificar su régimen tiránico como "orden jurídico". Y el distinguido jurista añade: "Si Kelsen tuviera razón, las naciones libres del mundo contemporáneo no tendrían título alguno válido para considerarse como defensores del Derecho frente al despotismo" (52).

Para Luis Recaséns Siches no es suficiente con limitar el Derecho frente a lo que no se tenga por preciso, además, averiguar sus motivaciones en la vida humana, en la cual se da y para la cual. Incluir dentro de la esencia de lo jurídico las finalidades funcionales del Derecho no mutila la universalidad del concepto. Por esta razón se opone a la concepción Kelseniana **afinalista**. Tanto Stammler como Kelsen vieron que dentro del concepto universal de lo jurídico podía entrar ninguna idea de finalidad. Rechazaron todo concepto de fin inmanente, según la cual todo incluye un fin, su "idea", por considerar que los fines son siempre particulares, propios de una determinada comunidad o momento histórico o doctrina valorativa. Empero Recaséns insiste en que él no se propone la inclusión de fines concretos sino de finalidades funcionales, las cuales son **formales y universales** y, por ende, pertenecientes a la esencia de lo jurídico, tales: propósito de certeza y seguridad; propósito de encauzar el cambio social y los deseos de progreso; resolución de los conflictos de intereses; organización y legitimación del poder político (53).

Habida cuenta de lo anterior no se suponga que el relativismo filosófico de Kelsen le condujo a negar la existencia de la **metafísica**. Muy por el contrario, en una conversación que mantuvo en Nueva York con José L. Kunz, uno de sus más inmediatos discípulos, reconoció el maestro que los problemas metafísicos son los verdaderos proble-

(52) "Teoría del Derecho", México, 1964, pp. 332-333.

(53) Op. cit., pp. 200-201.

mas, mucho más importantes que los problemas científicos. Los insolubles enigmas de la vida humana, las cuestiones de dónde venimos, qué somos y adónde vamos, naturalmente ocuparán siempre el pensamiento de los hombres. La ciencia no lo es todo; al contrario, ocupa solamente un lugar pequeño, modesto, en la vida humana. Pero lo que sí es necesario, es lo que él trató de hacer en el campo de la jurisprudencia: separar estrictamente la ciencia de la metafísica, lo que se puede saber, de lo que no podrá saberse nunca con certeza. Es la misma posición kantiana: la separación entre ciencia y teología, entre razón y fe. Por ello nos dice Kelsen, que el hombre es por naturaleza un animal metafísico (54).

La Teoría pura, ¿admite el elemento moral?

Otro problema que nos plantea la teoría pura del Derecho, es que al admitir el Derecho como deber ser puede creerse que introduce un elemento moral como contenido del mismo; sin embargo, no es ésta su intención. Tanto el eticista, que es el que reduce el Derecho a un capítulo de la moral, como el **normativista**, que en el mismo ve solamente reglas de puro valor lógico, presentan el fenómeno jurídico como fenómeno del deber ser. Por tanto, esta última expresión tiene dos acepciones diversas: en el sentido moral, ético; y en el puramente lógico.

Para los moralistas el **deber** es un mandato que obliga en conciencia. Luego contemplado desde el punto de vista ético, implica siempre la idea de un **bien** que debe ser realizado. Pero el deber ser puede también estudiarse sin hacer referencia al contenido ético, únicamente señalando una **ordenación lógica**, una indicación significativa, extrínseca a la validez de la conducta en sí misma. El deber ser lógico es puramente indicativo e hipotético, mientras el deber ser ético implica el problema del contenido de la norma.

(54) Josef L. Kunz, op. cit., pp. 145-146.

Para Kelsen, el Derecho, no es más que un sistema de preceptos que se concatenan a partir de la Constitución, sobre la base de una norma fundamental. Para el jurista la realidad no puede ser vista sino como un sistema de reglas que se concatenan y se generalizan. Por consiguiente, para Kelsen el orden jurídico positivo no sólo es el único Derecho existente, sino que se basta a sí mismo, estando en él la razón de su valor como técnica social específica y organización de la coacción (55).

La teoría pura, ¿es Filosofía del Derecho?

Otra cuestión que suscita esta posición es la siguiente: ¿es la teoría pura del Derecho Filosofía jurídica? No lo es cuando al referirnos a ella pensamos en la ontología, en la sociología, la política y la axiología del Derecho. Para mayor claridad la teoría pura no es Filosofía, sino que es teoría del Derecho. Ya en su libro publicado en el año 1911, Kelsen decía que su obra tiene, en primer lugar, un carácter metodológico, que su misión es crear una ciencia del Derecho, independiente y autónoma; una teoría del Derecho positivo, no una teoría de la justicia. Se quiere investigar los problemas que constituyen estudios científicos, sobre cualquier orden jurídico positivo. Por eso limita su indagación a la investigación formal del Derecho como sistema de normas, que tienen por objeto el análisis estructural de la *experiencia jurídica, marginando el estudio de los contenidos normativos de los cuales ocupan las ciencias particulares.*

Es de máxima importancia, por tanto, tomar siempre en cuenta la limitación voluntaria que Kelsen se ha impuesto. En la versión definitiva de su libro del año 1945, Kelsen se expresa a este respecto de la manera siguiente: La teoría pura del Derecho es una teoría general del Derecho positivo; no es la teoría de la justicia, ni tampoco

Miguel Reale, op. cit., pp. 303-305.

es una explicación psicológica o económica de sus condiciones; ni es una crítica valorativa moral o política de sus fines. La teoría pura del Derecho se limita al conocimiento del Derecho positivo; no trata de la creación del Derecho; ni es tampoco una teoría de la justicia" (56).

Principios que consagra la teoría pura

La pureza metódica kelseniana, consigue la **unidad** del conocimiento científico-jurídico.

En primer lugar, desaparece el dualismo de Derecho y Estado; si éste guarda alguna relación con el Derecho y, por tanto, es objeto de la ciencia jurídica, no puede ser más que ordenamiento jurídico. No habrá siquiera dos teorías: una social y otra jurídica del Estado, como sostiene Jellinek; pues una vez que el Estado cae bajo la acción de la ciencia jurídica como objeto, lo que otra ciencia no jurídica llamase Estado, sería un objeto completamente diferente que nada tendría que ver con el primero. Es decir, que no hay más Estado que aquel que se expresa en el sistema del Derecho vigente. Y esto no quiere decir que ignoremos que el Estado no coincide exactamente con el sistema normativo del orden jurídico vigente; que el Estado no existe sólo en tanto y cómo se expresa en el ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, lo observamos también como poder social, como complejo de fuerzas históricas, como nación, como opinión pública, como condicionantes económicos, como proceso de integración política, etc.

Sin embargo para el jurista el Estado existe única y exclusivamente como sujeto y objeto de las normas jurídicas vigentes. Así, por ejemplo, la legislación, considerada como actividad, nos aparece como Estado: y, en cambio, vista como resultado, o sea, como ley, como producto o

(56) José L. Kunz, op. cit., pp. 141-142.

contenido de aquella actividad, recibe la denominación de Derecho. Entendido como orden ordenador es Estado; como orden ordenado es Derecho. Así pues, para el punto de vista jurídico, el Estado es el Derecho como actividad normante; y el Derecho es el Estado como situación normada (57).

En segundo lugar, desaparece la antítesis entre **Derecho objetivo y derecho subjetivo**. No hay dos Derechos, la norma y la facultad de obrar, sino que sólo la norma es Derecho y la facultad de obrar es cosa jurídicamente irrelevante. Lo que se llama **derecho subjetivo**, no es más que el mismo Derecho objetivo que en ciertas condiciones pone el Estado a disposición de una persona, merced a supuestos de hecho establecidos por él mismo. El Estado delega su poder en manos del particular para la creación de normas secundarias.

En tercer lugar, se relativiza la diferencia entre **creación y aplicación del Derecho**. No están ya frente a frente, por ejemplo, la ley y la **sentencia**, sino que una y otra se integran en el concepto de **norma**, con la diferencia puramente cuantitativa de ser norma general la primera y norma particular la segunda. Toda creación del Derecho implica una aplicación del mismo y viceversa, toda aplicación es creación del Derecho.

Por último, se elimina el dualismo de **Derecho estatal y Derecho internacional**. No son dos sistemas jurídicos independientes ni contrapuestos, sino un único sistema **universal unitario**. Donde radica el centro de este sistema, no es cosa que corresponda determinar a la lógica jurídica; ésta sólo exige la unidad lógica de la construcción. En cambio, salvando este postulado, cabe afirmar que el Derecho internacional deriva su validez de la constitución del Estado, y cabe afirmar lo contrario; es asunto de **ideología política** decidirse por la primacía del Derecho inter-

(57) Luis Recaséns Siches, op. cit., p. 204.

nacional y, por tanto, el jurista, según sus particulares preferencias, puede optar entre una construcción imperia- lista o una internacionalista. Sólo la construcción dualista es lógicamente insostenible (58).

En el libro publicado en 1911, Kelsen se limita exclu- sivamente al Derecho nacional. Aquí hay también que hacer notar las influencia en él de otro de sus primeros discípulos: Alfred Verdross, el famoso internacionalista de la Universidad de Viena. Fue Verdross el primero en apli- car la teoría pura del Derecho al Derecho internacional. Esta aportación la aceptó también completamente Kelsen. Desde ese momento, el Derecho internacional obtiene cada vez más importancia en el campo de la teoría pura. Kel- sen reconoce que la teoría del Derecho no puede limitarse a tal o cual Derecho positivo nacional, sino que debe in- cluir la pluralidad de todos los órdenes jurídicos positivos nacionales y el Derecho internacional.

En consecuencia, el problema de la norma básica es transferido del problema de la "Constitución en sentido lógico" de un Derecho nacional, a la "Constitución en sentido lógico" del Derecho internacional. La unidad de la pluralidad de los Derechos nacionales está hondamente cimentada en la norma básica del Derecho internacional. Los derechos nacionales aparecen como órdenes jurídicos parciales delegados por el Derecho internacional; la llamada soberanía de los Estados resulta ser una especie de auto- nomía, una competencia otorgada por el Derecho inter- nacional (59).

Verdross, que como decimos, influye fundamentalmen- te para ampliar la órbita de acción de Kelsen del plano nacional al plano internacional, ha seguido el camino hacia el Derecho natural, sobre una base que en parte tiene algo de neotomista y que, sobre todo, se orienta hacia la filo- sofía de los valores. Ha transformado la norma básica de

(58) Luis Legaz Lacambra, op. cit., pp. 96-97.

(59) Josef L. Kunz, op cit., pp. 21-22.

Kelsen de una pura hipótesis, de una mera norma lógica, en una **norma ética**, tratando así de fundar el Derecho positivo en el reino meta-empírico de los valores objetivos (60).

Kelsen, como venimos indicando, constituyó escuela. La escuela de Viena, ya que allí enseñó hasta el año de 1930. Le ha criticado Edgar Bodenheimer, que su teoría obstruye toda auténtica comprensión de la naturaleza del Derecho, puesto que deja de lado el hecho de que el Derecho encarna ciertos valores y, por lo tanto, no es sólo un mecanismo inanimado de coacción (61).

Aparte de los discípulos que hemos citado, también señalarse a Fritz Schreier y Félix Kaufmann, que han tratado de desprender su construcción de los supuestos neokantianos en que se apoyaba el maestro, inscribiéndose en la fenomenología de Husserl. Otros, como Merkel, han aplicado el método de la teoría pura al Derecho administrativo. También cabe citar a los discípulos Josef L. Kunz y a Fritz Sander, quien se acerca cada vez más a la sociología (62).

(60) Ibidem, p. 134.

(61) Op cit., p. 333.

(62) Legaz Lacambra, op cit., pp. 98-99.